This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 097 733 836

HARVARD
LAW
LIBRARY
1868

HARVARD LAW LIBRARY

Received OCT 25 192

Der

Rückfall des Eigenthums

im

Römischen Rechte.

Von

Dr. Julius Engelmann.

Stuttgart.
Verlag von Wilhelm Rübling.
1868.

Geschrieben als Dissertation zur Erlangung der juristischen Doctorwürde und der h. juristischen Fakultät der Universität Basel vorgelegt; vor dem Druck in einigen Punkten ergänzt und erweitert.

OCT 2 5 1921

Druck der K. Hofbuchdruckerei Zu Guttenberg.

Vorwort.

In allen Hand- und Lehrbüchern des römischen Rechts finden wir einen Abschnitt unter dem Titel: „Die Revocabilität der dinglichen Rechte“. Wir lesen daselbst, daß die Dauer der dinglichen Rechte an einen Endtermin oder an eine Bedingung geknüpft werden könne, nach deren Eintritt jene Rechte von selbst erlöschen oder vielmehr ipso jure an den Veräußerer zurückfallen. Bei dem Eigenthum soll sich an diesen Rückfall die weitere Folge knüpfen,

„daß alle bisherigen Wirkungen des revocabeln Eigen-
„thums vernichtet werden, also alle Rechte, die aus
„dem Dasein dieses revocabeln Eigenthums sich ab-
„leiten“ [1]) und zwar:

„weil sie diesen Keim des Todes schon bei ihrer
„Geburt (Errichtung durch den dem Rückfall unter-
„worfenen Eigenthümer) in sich aufnehmen“. [2])

Derselbe Gedanke wird auch häufig durch den Satz ausgedrückt:

resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.

Diese Lehre bildet offenbar eine Singularität. Sie steht mit allgemein anerkannten Grundsätzen des römischen Rechts in Widerspruch und es hat deshalb zu keiner Zeit an Bekämpfern derselben gefehlt.

Trotzdem ist sie bis zur Stunde unerschüttert geblieben; die größten Autoritäten, ein Savigny, Puchta, Keller, Bangerow, Wächter u. A. haben sie anerkannt; noch

[1]) Puchta, Vorlesungen I. §. 143.
[2]) Keller, Pandekten §. 130.

heute wird sie in den Vorlesungen der Rechtslehrer als feststehender Theil des römischen Rechts behandelt.

Fast als hoffnungslos müßte daher jeder Versuch erscheinen, von Neuem daran zu rütteln, wenn sich nicht doch noch immer einzelne gewichtige Stimmen dagegen erhöben, [1]) und andererseits manche Forschungen und Arbeiten der jüngsten Zeit den Beweis lieferten, daß die Wissenschaft selbst in fundamentalen Fragen noch nicht das letzte Wort gesprochen hat.

Dies ermuthigt uns, die Grundlagen, auf welchen die Lehre von der Revocabilität des Eigenthums beruht, einer nochmaligen Prüfung zu unterwerfen. Wir verhehlen uns dabei weder die Schwierigkeiten der Aufgabe, noch die geringe Aussicht darauf, gegenüber dem herrschenden Dogma für unsere Meinung schnell Genossen zu finden. Auch wissen wir, daß die praktischen Resultate, selbst im besten Fall, nur gering sein können, weil die meisten der neueren Gesetzgebungen die dingliche Wirkung der Bedingungen nicht anerkennen, in praxi also die Revocabilität des Eigenthums so gut wie beseitigt ist.

Dennoch unterziehen wir uns der Aufgabe, in der Ueberzeugung, daß auch eine nach außen hin resultatlose Untersuchung schwieriger Fragen für die Wissenschaft immerhin einige Früchte tragen werde, wenn nur die Untersuchung selbst ernst gemeint und von nichts als von dem Streben nach Wahrheit geleitet ist.

Diese letztere Anerkennung wenigstens wird man, wie wir hoffen, unserer Arbeit nicht versagen können.

---

[1]) Ihering, Geist des röm. Rechts III. Anm. 265:
„In meinen Augen ist die Resolutivbedingung in ihrer modernen „Gestalt vom legislativen Standpunkte aus einer der verwerflichsten „Rechtsmechanismen, die es gibt."

Die Wirksamkeit der Willenserklärungen im römischen Rechte.

§. 1. In der römischen Lehre vom Eigenthum stehen folgende Fundamentalsätze unbestritten da:

1. Zum Eigenthumsübergang ist Tradition erforderlich.
2. Vertragsmäßige Veräußerungsverbote wirken blos obligatorisch und hindern die Veräußerung nicht.

Die moderne Lehre von der Revocabilität des Eigenthums tritt mit diesen Fundamentalsätzen in erklärten Widerspruch, denn nach ihr soll

ad 1. die Rückerwerbung von Eigenthum ohne Tradition möglich sein;

ad 2. Ein bloßes Paktum dingliche Wirkung haben.

Daß hierin eine außerordentliche Sonderbarkeit liegt, kann nicht geläugnet werden. Um so gerechtfertigter erscheint das Verlangen, diese Sonderbarkeit mit bestimmten unzweideutigen Aussprüchen der Quellen begründet zu sehen. Auffallenderweise schweigen die Quellen darüber. Wir finden keine lex, kein senatus consultum, kein Edikt oder Reskript, durch welches die ipso jure Rückfälligkeit des Eigenthums in gewissen Fällen eingeführt oder anerkannt würde. Selbst die Commentare und Bescheide der Rechtsgelehrten enthalten keine Andeutung, daß es einen Fall gäbe, wobei Eigenthum ohne Tradition übergehe, oder

wo einem bloßen Paktum eine dingliche Wirkung beigelegt werde.

In Ermangelung von direkten Beweisstellen ist die Theorie gezwungen gewesen, mit indirekten zu argumentiren und bekanntlich wird zu diesem Zwecke die Lehre von den Bedingungen benützt.

Unsere Quellen behandeln die Bedingungen nicht als besonderes Rechts-Institut, sondern besprechen dieselben nur gelegentlich in Verbindung mit solchen Rechts-Instituten, bei welchen sie vorzugsweise in Anwendung kommen. Hauptsächlich war dies der Fall bei Erbeinsetzungen, Legaten und Fideicommissen. Dann auch bei Verträgen, namentlich beim Kauf.

Als besondere Lehre ist die Behandlung der Bedingung erst von den Neueren ausgebildet worden, in den letzten Jahrzehnten namentlich von W. Sell[1]) und Savigny.[2])

Mehrfach abweichend von diesen faßt den Begriff der Bedingung Fitting.[3])

Hieraus ergibt sich die immerhin bemerkenswerthe Thatsache, daß die Theorie von der Revocabilität des Eigenthums, für welche in den Quellen keine direkten Zeugnisse vorliegen, durch eine Lehre gehalten werden soll, welche ebenfalls erst neu construirt worden ist.

Unter conditio haben wir nach Savigny[4]) zu verstehen:

---

[1]) W. Sell, über bedingte Traditionen.

[2]) Savigny, System Bd. III.

[3]) Fitting, im Archiv f. civilist. Praxis, Bd. 39. Für unsere Frage ist es ohne Einfluß, ob wir mit Savigny die unbedingte oder bedingte Willenserklärung als unbedingte, resp. bedingte Erklärung eines Willens, oder mit Fitting als die Erklärung eines kategorischen, resp. hypothetischen Willens fassen. Wir haben es nur mit privaten Willenserklärungen überhaupt und ihren juristischen Wirkungen zu thun und in dieser Beziehung steht Fitting in der Hauptsache auf demselben Standpunkte wie Savigny, Sell u. A.

[4]) Savigny a. a. O. §. 116.

„Den Zusatz einer Willenserklärung, welcher das „Dasein eines Rechtsverhältnisses von einem künftigen ungewissen Ereigniß auf willkürliche Weise abhängig macht."

Bezieht sich die Bedingung auf den Anfang des Rechtsverhältnisses, so wirke dieselbe *suspensiv*, pendente conditione existire das Rechtsverhältniß noch nicht. Im entgegengesetzten Falle werde das Rechtsgeschäft mit dem Eintritt der Bedingung vernichtet, dann wirke die Bedingung *resolutiv*: conventio, quae resolvitur sub conditione.

So weit stimmt die Lehre von den Bedingungen mit den allgemeinen Rechtssätzen überein. Die conditio ist Zusatz einer Willenserklärung. Bloße Willenserklärungen können in gewissen Fällen Rechtsverhältnisse begründen oder aufheben, für diese Fälle erscheint die Wirkung der Bedingung ganz normal. Allein hierbei bleiben die Begründer der Lehre von den Bedingungen nicht stehen. Die Wirkung der Bedingung soll sich weder darauf beschränken, mit ihrem Eintritt das mittlerweile suspendirte Rechtsverhältniß — richtiger das noch nicht vorhanden gewesene — in's Leben zu rufen und von diesem Moment an zu begründen, noch bleibt die Bedingung auf diejenigen Rechtsgebiete verwiesen, in welchen überhaupt Willenserklärungen an und für sich Kraft besitzen. Sowohl der suspensiven als der resolutiven Bedingung wird *rückwirkende* Kraft beigelegt — retrotrahitur impleta conditio ad conventionis diem — sowohl der ersteren als der zweiten *dingliche Wirkung* zugeschrieben.

Diese auffallende Tragweite einer bloßen Willenserklärung ruft zuerst einige allgemeine Betrachtungen hervor.

Der Anfang jedes Rechtsverhältnisses wird im Römischen Recht an das Vorhandensein genau bestimmter Voraussetzungen geknüpft, die sogenannten conditiones juris. Haben nun diese conditiones juris nur in den Fällen Gel-

tung, in welchen keine als conditio im Sinne Savigny's aufzufassende Willenserklärung vorliegt? Wäre dies der Fall, so spielten die conditiones juris eine sehr untergeordnete Rolle und die Aufzählung derselben nähme mit Unrecht einen so großen Raum bei der Darstellung der Römischen Rechts-Institute ein. Ohne Zweifel aber will das Römische Recht die Geltung dieser conditiones juris, von welchen es den Anfang und das Ende aller Rechtsverhältnisse abhängig macht, unter allen Umständen bewahrt wissen.

Ist dies richtig, so muß die Wirkung einer etwaigen Zusatzerklärung bei den einzelnen Rechtsverhältnissen wohl unterschieden werden von den für jedes Rechtsverhältniß von vorn herein vorhandenen und durch nichts zu beseitigenden conditiones juris.

Wir wissen nun allerdings, daß das Entstehen jedes Rechtsverhältnisses an das Zusammentreffen und die Uebereinstimmung des Willens der beiden Parteien geknüpft ist; wir wissen aber auch, daß diese Willensübereinstimmung bei den meisten Rechtsgeschäften nicht genügt, sondern, daß außer der Constatirung des beiderseitigen Willens häufig noch das Motiv dieses Willens, die eigentliche causa des Rechtsgeschäfts deklarirt sein muß, ja, daß einzelne Rechtsgeschäfte, z. B. sämmtliche Eigenthumsübertragungen, noch ein drittes Erforderniß als conditio juris voraussetzen.

In allen diesen Fällen nun kann offenbar der Zusatz einer Willenserklärung nur so weit eine Wirkung auf das fragliche Rechtsgeschäft ausüben, als in demselben überhaupt dem Willen der beiden Parteien Spielraum gegeben ist. Der Zutritt des Willens zu andern sonst vorgeschriebenen und bereits erfüllten cond. jur. kann verschoben, eventuel, soweit ein einseitiger Rücktritt möglich ist, die Zurückziehung desselben ausbedungen werden, nie aber kann dies die Erfüllung der cond. jur. entbehrlich machen.

Wenden wir dies auf den Eigenthumsübergang an, so finden wir als erforderlich vorgeschrieben:

1. animus transferendi et accipiendi dominii;
2. justa causa;
3. traditio.

Der Zusatz einer Willenserklärung, welche den Uebergang von Eigenthum betrifft, kann nach obigem nur den animus modificiren, nicht die übrigen cond. jur., welche ihre eigenen Gesetze haben und vom Willen ganz unabhängig sind. Wenn also z. B. der Zusatz einer Willenserklärung besagt, der Eintritt dieses Rechtsverhältnisses, welches Eigenthum überträgt, solle verschoben werden, bis dies oder jenes geschehen sei, so ist damit gesagt: wenn in dem Zeitpunkt, zu welchem das jetzt noch Ungewisse sich ereignet, die übrigen Voraussetzungen vorhanden sind, die Tradition z. B. erfolgt ist, so soll der noch fehlende animus in demselben Augenblicke als hinzugetreten erachtet und das Eigenthum als übertragen angesehen werden. Nie aber kann es heißen, der noch ausstehende animus solle dann, wenn das Ungewisse eintritt, für sich allein hinreichen, das zu bewirken, wozu sonst unter allen Umständen causa und traditio gehört.

Die Bedeutung der justa causa für die Eigenthumsübertragung.

§. 2. Gegen diese aus den Prinzipien des römischen Rechts sich ergebende Beschränkung der Wirkung von Zusatzerklärungen oder Bedingungen ist zuerst von W. Müller gegenüber Rießer[1]) ein Einwurf erhoben worden, welcher bei allen Vertheidigern der ipso jure Rückfälligkeit des Eigenthums wiederkehrt, und bei W. Sell wie bei Vangerow als Hauptstütze dieser Lehre erscheint.

[1]) W. Müller, civilist. Abhandlgn. S. 262.

W. Sell formulirt diesen Einwurf folgendermaßen:

„Nach allgemeinen Grundsätzen muß auch die „Beschaffenheit der justa causa die rechtlichen „Wirkungen der Uebergabe einer Sache zum Eigen„thum nach dem Willen des Tradenten be„schränken, insbesondere die Vollendung oder die „Auflösung des Rechtsverhältnisses, den anfäng„lichen oder Rückerwerb bestimmen, oder von einer „ungewissen künftigen Thatsache abhängig machen „können." [1])

Vangerow spricht sich ähnlich aus:

„Die justa causa ist ein wesentlicher Bestandtheil „der Eigenthumsübertragung und daraus geht von „selbst hervor, daß das Eigenthum auch nur so „übergehen könne, wie es durch diese justa causa „bestimmt ist." [2])

Demnach soll der Eigenthumsübergang nicht allein von dem Vorhandensein der justa causa, sondern auch von ihrer Beschaffenheit abhängen. Die justa causa, welche uns bisher, wie jede cond. jur., nur als unverwerflicher Zeuge für die Existenz des fraglichen Rechtsverhältnisses galt, soll sogar im Stande sein, das Wesen dieses Rechtsverhältnisses zu modificiren.

Wir bezweifeln, daß dies stichhaltig sei. Die justa causa ist für den derivativen Eigenthumserwerb dasselbe, was beim originären das durch eigene Thätigkeit Geschaffen-, Erarbeitet-, Verdienthaben bedeutet: jenes dritte Element, durch welches ein Verhältniß zwischen Person und Sache erst den innern Halt gewinnt, den der bloße Wille beim Besitz nie verleiht.

Indem sich der derivative Erwerber auf ein schon vorher vorhandenes Eigenthum stützt, gesteht er zu, daß

---

1) W. Sell, über Bed. Traditionen S. 11.

2) Vangerow, Pandekten I. Bd. Cap. 4. §. 96. (6. Aufl.)

ursprünglich eine andere Person berechtigt war, und durchaus consequent verlangt der allgemeine Rechtswille, welcher auch dies auf derivativem Erwerb beruhende Eigenthum schützen soll, den Nachweis des rechtmäßigen Uebergangs durch Constatirung der Motive, welche den früheren Eigenthümer zur Uebertragung seines Eigenthums auf einen Andern bewogen.

Diese Motive können verschiedener Art sein. Entweder entsagt der Veräußerer seinem Eigenthum aus Liberalität zu Gunsten eines Andern — Hauptfälle donatio, dos — oder, was bei einigermaßen entwickeltem Verkehr weitaus am häufigsten vorkommt, er vertauscht dasselbe gegen ein Aequivalent, mag dieses Aequivalent in einer vorhergegangenen oder nachfolgenden Leistung, in einer res oder einer persönlichen Thätigkeit bestehen.

Demgemäß ist auch die innere Natur der causa verschieden. In den ersteren Fällen besteht sie einzig aus der Constatirung einer motivirten Willenserklärung, d. h. des animus transf. dom. ex causa donationis aut dotis; in den andern richtet sie sich nach den für die Vollendung derartiger Rechtsgeschäfte — mutuum, solutio, emtio-venditio etc. — vorgeschriebenen Erfordernissen. Erst wenn diese erfüllt sind, ist die causa existent, erst dann gewinnt sie einen Einfluß auf den Uebergang des Eigenthums. [1]) Diese innere Verschiedenheit der causa bei den verschiedenen Rechtsgeschäften ändert aber nichts an ihrer Stellung als cond. juris, als Zeuge (eventuel neben andern) für die Berechtigung des Eigenthumerwerbs. Sie ist als solcher entweder vorhanden oder nicht. Genügt die bloße Constatirung des motivirten animus, so muß dieser außer Zweifel sein, wird, wie z. B. beim Kauf, mehr erfordert,

---

[1]) Leist, Mancipation und Eigenthumstradition §. 42 bezeichnet die causa im ersten Fall als „declaratio", im zweiten als „essentiel". Wir werden diese passenden Bezeichnungen beibehalten.

so muß auch dies vorliegen. Für den Eigenthumsübergang selbst ist diese innere Verschiedenheit sehr gleichgültig; er erfordert Vorhandensein, Existenz der causa, ohne Rücksicht darauf, wie diese in jedem einzelnen Falle beschaffen sein muß, um dem Gesetz Genüge zu leisten.

Der Wille des Tradenten kann deshalb nur dort entscheidend einwirken, wo er das maßgebende Element bildet, bei der deklarativen causa. Denn diese ist nichts anderes, als der motivirte Wille. Eine Beschränkung des Willens durch Bedingungen erscheint hier allerdings als eine Beschränkung der causa, aber blos deßhalb, weil hier ausnahmsweise animus und causa zusammenfallen. Die Tragweite dieser Beschränkung wird aber deshalb um nichts größer. Immer ist es nur die Existenz der causa, welche dadurch verzögert wird, also genau dasselbe, als wenn aus irgend einem Grunde die Tradition verzögert worden ist. Die rechtliche Wirkung der Uebergabe einer Sache zum Eigenthum ist ebenso an die Existenz der causa (neben dem animus) gebunden, wie die rechtliche Wirkung der causa an die Vornahme der Tradition. Das eine hat so viel Gewicht, wie das andere, d. h. ohne das Vorhandensein der übrigen cond. jur., gar keins für das Entstehen eines neuen Eigenthumsverhältnisses.

Letzteres kann nicht genug hervorgehoben werden. Stets handelt es sich dabei um das Zusammentreffen aller gesetzlichen Erfordernisse, ehe von Entstehung des Eigenthumsverhältnisses beim Erwerber die Rede sein kann, ehe ein Uebergang vom früheren Eigenthümer auf jenen möglich ist.

Der namentlich von Sell hierbei mit Vorliebe gebrauchte Ausdruck „Vollendung" statt „Entstehung" des Eigenthumsverhältnisses birgt den Keim zu gefährlichen Irrungen. Es gewinnt damit den Anschein, als ob der Tradition, der Sachübergabe, an und für sich eine excep-

tionelle Bedeutung zukäme, als ob sie schon halbes Eigenthum verschaffe und die causa oder der Wille nur noch die andere Hälfte dazu brächte, während doch die Tradition im Römischen Recht bei vielen Rechtsgeschäften vorkommt (commodatum, depositum, pignus, locatio-conductio etc.), ohne daß dabei an Eigenthumsübergang zu denken ist.

Eben so wenig begründet scheint uns das schon angeführte Argument Vangerow's zu sein:

„weil die justa causa ein wesentlicher Bestandtheil „der Eigenthumsübertragung sei, so gehe von selbst „daraus hervor, daß das Eigenthum auch nur so „übergehen könne, wie es durch die justa causa — „also wenn diese in einem Vertrage be„stehe, wie es durch diesen Vertrag bestimmt „werde."

Anwendung hievon käme auch

„bei der Reservation von Servituten und bei der „Festsetzung einer Suspensivbedingung vor, wo un„geachtet gleichbaldiger Tradition das Eigenthum „nur erst mit erfüllter Bedingung entstehe."

Also könne auch

„der Dauer nach das Eigenthum des Erwerbers „durch die justa causa beschränkt werden." [1])

Wir sehen davon ab, daß sich Vangerow bei diesem Argument eine wohl kaum zu rechtfertigende Gleichstellung von Eigenthum und jura in re zu Schulden kommen läßt, eben so davon, daß auch er in den kurz vorher berührten Fehler Sell's fällt, Tradition und Eigenthumsübertragung für nahezu gleichbedeutend zu nehmen. Dagegen müssen wir den Schlußfolgerungen Vangerow's folgende Bedenken entgegenstellen.

1) Während der causa keine andere Bedeutung zu-

[1]) Vangerow a. a. O. §. 96.

kommt, als die Uebertragung des Eigenthums von einer Person auf eine andere zu motiviren und damit in den Augen des allgemeinen Rechtswillens, dessen Garantie beansprucht wird, zu rechtfertigen, während sich ihr Einfluß auf das Zeugniß beschränkt, welches ipso jure in ihrer Existenz liegt und jede Beschränkung derselben, sei es durch Aufschiebung der definitiven Willenserklärung bei deklarativer causa, sei es durch Nichterfüllung gesetzlicher Vorschriften bei essentieller causa (Verschiebung der Preisbestimmung beim Kauf u. s. w.) nur die eigene Existenz verzögert, damit mittelbar allerdings auch die Existenz desjenigen Rechtsgeschäfts, für welches ihr Vorhandensein conditio juris ist, will ihr Vangerow einen fortdauernden Einfluß auf das innere Leben des Rechtsverhältnisses gestatten, nachdem dasselbe existent geworden ist. Welcher Widerspruch! Jede Beschränkung der causa hindert die Existenz derselben in den Augen des Gesetzes und verzögert damit die Existenz des an sie als cond. jur. gebundenen Rechtsverhältnisses. Und doch soll diese Beschränkung das Rechtsverhältniß selbst modificiren, obgleich es vor dem Wegfall jener Beschränkung gar nicht zu Stande kommen kann.

2) Wäre die Beschaffenheit der causa wirklich maßgebend für den Charakter und das Wesen des dadurch in's Leben gerufenen dinglichen Rechtsverhältnisses, wie kommt es dann, daß das römische Recht der Beschaffenheit der causa in so vielen Fällen nicht den mindesten Einfluß auf das neue Verhältniß einräumt? Wir kennen eine condictio ob turpem vel injustam causam, eine condictio indebiti, eine condictio causa data, causa non secuta u. s. w., d. h. eine Reihe persönlicher Klagen, welche gerade in Folge der Mangelhaftigkeit der causa des Eigenthumswechsels entstehen. Was hätte näher gelegen, als in allen diesen Fällen das Wesen des entstandenen Rechtsverhältnisses von der Beschaffenheit der causa abhängig zu

machen und auch hier das in den Händen des Erwerbers befindliche Eigenthum mit dem Makel des vitiösen Ursprungs zu behaften. Warum finden wir nichts dergleichen?

Müßte vielleicht noch weiter unterschieden werden? Etwa zwischen formeller und materieller Mangelhaftigkeit der causa? Aber gerade diese Scheidung hat das Römische Recht bereits vorgenommen und wir kämen damit viel zu spät. Das römische Recht verlangt überall formell genügende causa und nichts weiter. Um die materielle Beschaffenheit derselben kümmert es sich nicht. Eine innerlich vitiöse causa kann eine Obligation erzeugen, das dadurch geschaffene dingliche Rechtsverhältniß aber steht rein und unangreifbar da, vorausgesetzt, daß die causa formell tadellos war. Gerade darin liegt ja das Charakteristische, nicht hoch genug zu Schätzende des römischen Rechts, daß seine dinglichen Institute, vor allem das Eigenthum, vor Abschwächung und Entartung bewahrt blieben, indem sich — wie es Jhering in seinem „Geist des Röm. Rechts" trefflich ausdrückt — „all der Ansteckungsstoff, der „ihm auf seinem Wege und bei seiner Berührung mit der „Obligation gefährlich werden konnte, in die Form der „persönlichen Klagen entweicht."

3) Vangerow beruft sich allerdings, wie schon vor ihm W. Müller, auf eine andere Art der Mangelhaftigkeit der causa. Er meint, wenn die causa in einem Vertrage bestehe, so ließe sich die Dauer des Eigenthums durch diesen Vertrag beschränken, die justa causa soll also in einem solchen Falle nur so lange wirken, als es vorab in dem Vertrage bestimmt war, nämlich bis zum Eintritt der Bedingung.

Wenn wir aber genauer zusehen, so drehen wir uns mit dieser Wendung nur im Kreise. Ein Vertrag kann blos insofern justa causa der Eigenthumsübertragung sein, als derselbe den Rechtsgrund bildet, welcher den animus

transf. et accip. dom. motivirt; oder, mit andern Worten, insofern, als sich aus ihm mit Sicherheit die Natur des Rechtsgeschäftes, woran sich die Eigenthumsübertragung lehnt, erkennen läßt. Ist das Geschäft, welches die Contrahenten im Auge haben, vom Gesetz als causa der Eigenthumsübertragung anerkannt — wie mutuum, emtio-venditio etc. — so fragt es sich einzig und allein, ob der Vertrag über die vorbereitenden Stufen hinaus gekommen, d. h. perfekt geworden ist oder nicht. Wird die Perfektion durch Nebenbestimmungen, Bedingungen u. dgl. verschoben, so ist der vom Gesetz als causa des Eigenthumsüberganges anerkannte Vertrag noch nicht vorhanden, folglich auch keine causa. Sobald aber der Vertrag als perfekt angesehen werden kann, so ist dieses Moment das einzig maßgebende für die Wirksamkeit der causa. Erfolgt daraufhin beim Darlehensvertrag Tradition, beim Kaufvertrag Tradition und Solution, so hat ein unwiderruflicher Wechsel des Eigenthums stattgefunden und keine sonstige Nebenbestimmung ist im Stande, dies zu hindern oder zu ändern.

Was also von der causa überhaupt gilt, daß sie formell tadellos sein müsse, wenn sie als cond. jur. des Eigenthumsüberganges vom Gesetz anerkannt werden soll, ihre materielle Beschaffenheit aber gar nicht in Betracht kommt, — das gilt auch vom Vertrag, wenn ein solcher die justa causa bildet. Und Müller, Sell und Vangerow haben folglich damit, daß sie sich auf die Vertragsnatur der causa in manchen Fällen berufen, nichts für ihre Theorie gewonnen. Die Frage, ob bei der causa zwischen formeller und materieller Mangelhaftigkeit unterschieden werden müsse, haben sie umgangen. Diese Umgehung rächt sich aber dadurch, daß ihnen nun formelle und materielle Mängel durcheinander laufen. Mit der Frage nach dem Wie der causa, mit der Frage nach der Beschaffenheit des Vertrags, also nach dem Inhalt

des Willens wird ihnen unvermerkt die materielle Mangelhaftigkeit zum Kriterium der Wirksamkeit der causa. Denn es ist offenbar ganz dasselbe, ob ich Eigenthum unter der Voraussetzung und Bedingung übertrage, daß ich später etwas anderes dafür erhalte — wie bei der condictio causa data, causa non secuta — oder unter der Bedingung, daß sich irgend etwas nicht ereigne. In beiden Fällen ist die causa nicht formell, sondern materiell mangelhaft, in beiden Fällen ist folglich nach römischen Rechtsgrundsätzen nur die condictio, die persönliche Klage, anwendbar.

4) Das römische Recht kennt die Bedingung nur als formales äußerliches Moment. Nirgends wird ihr eine, das innere Wesen der Rechtsinstitute modificirende, Kraft beigelegt. Es steht dem Einzelnen z. B. frei, ein mutuum zu gewähren oder nicht. Hat er aber einmal auf Grund eines Darlehenvertrags und unter dem Namen mutuum tradirt, so ist jeder Vorbehalt, jede Beschränkung wirkungslos, so weit dadurch mehr als eine Obligation erzeugt werden soll.[1]) Wer verkauft, überträgt Eigenthum;[2]) bezahlen heißt Eigenthum übergeben,[3]) u. s. w.

In allen derartigen Fällen ist der Einzelwille durch die freie Entschließung, ein bestimmtes Rechtsgeschäft eingehen zu wollen, von vorn herein an die rechtliche Natur dieser Geschäfte, ihre Construktion und ihre Consequenzen durch das Gesetz gebunden. Wer tradirt und dieß aus-

---

[1]) *mutui datio* consistit in his rebus, quae numero, pondere . . . . . quas res in hoc damus *ut fiant accipientis* (fr. 1. §. 2. D. de oblig. et act. 54, 7.)

[2]) nemo potest videri eam rem *vendidisse, de cujus dominio* id agitur, ne ad emtorem transeat; sed hoc aut locatio est, aut aliud genus contractus. (Fr. 80. §. 3. D. de contr. emt. 18, 1.)

[3]) emtor autem nummos *venditoris facere* cogitur (fr. 11. §. 2. D. de act. e. e. v. 19, 1.)

drücklich als Schenkung, als Darlehen, Verkauf oder Bezahlung bezeichnet, der kann nicht daneben Eigenthümer bleiben, oder dem Empfänger das Eigenthum vorenthalten wollen.

Schenken, Darleihen, Verkaufen, Bezahlen wollen ist in den Augen des Gesetzes gleichbedeutend mit der ausdrücklichen Erklärung des animus transfer. dom. bei der mancipatio oder der in jure cessio. Das Gesetz verlangt deshalb daneben gar keinen besonderen animus transfer. dom.; derselbe liegt schon implicite in der Vornahme dieser Rechtsgeschäfte.

In nothwendiger Consequenz daraus folgt, daß jede Nebenbestimmung, welche in positiver, unzweideutiger Weise das Gegentheil festsetzen wollte, als eine unmögliche Bedingung angesehen werden müßte, weil sie mit dem innersten Wesen der römischen Rechtsinstitute einfach unvereinbar ist. Dazu gehören nun auch alle Nebenbestimmungen, welche sich auf die Dauer des Eigenthums beziehen. So wenig ein und derselbe Gegenstand gleichzeitig als commodatum und als Eigenthum tradirt werden kann, so wenig kann Eigenthum auf 1 Tag oder 1 Woche übertragen werden. Das Eigenthum ist gleich allen absoluten Rechten von unbegrenzter Dauer und jeder dinglichen Einwirkung des Einzelwillens entzogen. Von dem Moment des Vorhandenseins der juristischen Voraussetzungen des derivativen Eigenthumerwerbs an besitzt das neue Rechtsverhältniß ein durchaus selbstständiges Dasein.

Sell und Vangerow scheinen allerdings anderer Meinung zu sein. Denn sie nehmen an, mittelst einer bedingten causa könne man dem Eigenthum jeden Augenblick den Boden unter den Füßen wegziehen. Das ist aber gewiß ein falscher Gedanke. Das Eigenthum ruht nicht, wie der Schlußstein einer Pyramide oder die oberste Stufe einer Treppe auf den früher gelegten Steinen oder Stufen,

so daß es zu Boden fiele, wenn sie ihm entzogen würden. Sobald das Eigenthum in's Dasein getreten ist, findet es seinen Halt, seine Stütze in der Garantie des allgemeinen Rechtswillens, des Gesetzes. Und so wenig letzteres einen Unterschied im Wesen und Gehalt des Eigenthums macht, mag dasselbe durch Occupation, Produktion oder Usucapion oder durch donatio, emtio-venditio, solutio etc. entstanden sein, so wenig kennt dasselbe ein kurzes oder ein langes Eigenthum. Die Garantie des allgemeinen Rechtswillens dauert ununterbrochen fort, bis entweder der Gegenstand selbst untergeht, oder das bisherige Verhältniß zwischen Person und Sache in einer der vom Gesetz anerkannten Formen aufgelöst wird, oder endlich die oberste rechtsetzende Gewalt aus Gründen des Staatswohls — nicht des Privatrechts — diesen Rechtsschutz (z. B. durch Veräußerungsverbote) kündigt, resp. aufhebt. Die Fälle derartiger Beschränkungen des Eigenthums aus staatsrechtlichen Gründen — hauptsächlich im Familienrecht vorkommend — sind bekanntlich von den römischen Juristen mit großer Sorgfalt erörtert und uns überliefert werden. Dagegen fehlt es an jedem direkten Zeugniß dafür, daß ein einmal erworbenes Eigenthum mit allen seinen Wirkungen rückwärts durch bloßen Willensakt vernichtet werden könnte, so daß es während einer gewissen Zeit nur ein Schatten gewesen wäre, nur ein Scheindasein besessen hätte. —

Bedingung. Modus. Nebenverträge.

§. 3. Uns dünkt, die Bearbeiter der Lehre von den Bedingungen sind nicht ganz unbefangen zu Werke gegangen. Sie waren voreingenommen durch den Grundsatz von der Rückfälligkeit des Eigenthums, der einmal in der Doktrin feststand, freilich ohne daß sich in den Quellen dafür etwas anderes auffinden ließ, als zweideutige Ent-

scheidungen, für welche dieser Grundsatz die bequemste Erklärung bot.

Was lag da näher, als diesem Grundsatz die fehlende dogmatische Begründung zu verschaffen, indem man die Lehre von den Bedingungen demgemäß ausbildete?

Stand die ipso jure Rückfälligkeit des Eigenthums im römischen Recht fest, war sie überall eine Folge der Resolutivbedingung, so mußte zum Wesen dieser letzteren nothwendig die dingliche Wirkung gehören. Auf diesem trügerischen Schlusse scheint uns die Lehre von den Bedingungen aufgebaut worden zu sein. Sehr deutlich tritt dies namentlich bei Sell hervor, welcher u. A. die dingliche Wirkung der erfüllten Suspensivbedingung behandelt und dafür nach Beweisen sucht. Er sieht selbst, daß sich die von ihm angezogenen Stellen fast ausschließlich auf Legate u. dgl. beziehen, also auf erbrechtliche Verhältnisse, welche besonderen Regeln folgen, weil ihr Fundament, die Fortdauer der Rechtsverhältnisse des Erblassers auch nach dem Tode und die Repräsentation desselben durch die hereditas, eine Fiktion ist. Trotzdem unterliegt es nach ihm keinem Zweifel, „daß diese Stellen auch auf bedingte Traditionen angewendet werden können, weil sie nur ein Ausfluß der Wirkungen der Suspensivbedingungen sind".[1])

Diese dinglichen Wirkungen sollten aber eben erst dadurch bewiesen werden! —

Die Ausbildung der Bedingungen und Nebenverträge im römischen Recht scheint uns folgenden Gang genommen zu haben.

Das jus civile kannte anfangs nur einseitige und unbedingte Rechtsgeschäfte. Die erste und lange Zeit wohl einzige Ausnahme wurde zu Gunsten der Testirfreiheit gemacht. Jeder Testirende mußte seine letztwilligen Ver-

[1]) Sell a. a. O. S. 98.

fügungen treffen, ohne Rücksicht auf spätere, erst nach seinem Tod eintretende Umstände. Und doch würde er in vielen Fällen anders testirt haben, wenn er den Eintritt oder Nichteintritt dieser Umstände hätte abwarten können. Das gleiche Interesse aller römischen Bürger bewirkte, daß der Testirende schon bei Lebzeiten Rücksicht auf die nach seinem Tode vielleicht veränderten Verhältnisse nehmen, daß er einzelnen Verfügungen Nebenbestimmungen beifügen durfte. Nur allmälig und zögernd gestattete man dasselbe auch bei andern einseitigen Rechtsgeschäften.

Ihrer juristischen Wirkung nach zerfielen diese Nebenbestimmungen in zwei Klassen:

1) solche, welche das Entstehen des eventuel gewollten Rechtsverhältnisses, z. B. Uebergang von Vermögensstücken in das Eigenthum irgend einer Person, von einem spätern Umstande abhängig machte: conditio, Bedingung im eigentlichen Sinn — die heutige Suspensivbedingung;

2) solche, welche das Entstehen des gewollten Rechtsverhältnisses nicht hinderten, aber daran, resp. an den Eigenthumsübergang im obigen Fall, eine Verpflichtung knüpften, den Empfänger mit einer Obligation belasteten — modus nach heutigem Sprachgebrauch.

Von besonderer Bedeutung für die Ausbildung der römischen Rechtsinstitute ist die letzte Klasse geworden, denn in dem modus erblicken wir den Embryo der zweiseitigen Rechtsgeschäfte. Für die Innominatcontrakte wenigstens dürfte sich dieser Gang der Entwickelung kaum läugnen lassen.[1]) Bei ihnen tritt die ursprüngliche Einseitigkeit noch deutlich in der Doppelklage hervor, welche dem zuerst Erfüllenden gegeben wird: condictio und in factum actio.

Diese zweiseitigen Rechtsgeschäfte selbst boten aber nun der Anwendung der Bedingungen wieder ein neues Feld.

Die Entstehung derselben durch Vertrag, resp. die

---

[1]) Vergl. Brinz, krit. Blätter 1. Heft, S. 81.

Perfektion des letzteren ließ sich, wie bei den einseitigen, auf Eigenthumsübertragung u. dgl. gerichteten Rechtsgeschäften, durch Beifügung einer Bedingung hinausschieben: contrahere sub conditione.

Oder es wurden dem Vertrage Nebenbestimmungen beigefügt, die nicht das Entstehen, die Perfektion desselben hinderten, sondern einem der beiden Contrahenten eine besondere Verpflichtung auferlegten, d. h. zu der in der Natur der zweiseitigen Geschäfte liegenden Obligation eine zweite fügten. Dies sind die eigentlichen pacta conventa, die Nebenverträge des römischen Rechts; im Grunde somit nichts anderes, als der modus der einseitigen Rechtsgeschäfte, angewandt auf zweiseitige: die bonae fidei negotiis und Consensualcontrakte.

Diese Nebenverträge ließen sich aber wieder in doppelter Weise behandeln. Entweder fügten die Contrahenten bei Abschluß des Hauptvertrags jene in Form einer positiven unabänderlichen Willensmeinung bei: die einfachste Art der conventio. Oder der modus, resp. die zweite Obligation ward ihrerseits wieder an einen zur Zeit noch unbestimmten Umstand geknüpft: dann fand eine Combination der beiden ursprünglichen Arten von Nebenbestimmungen statt, in Folge deren diese Nebenverträge, die eigentlich ein modus waren, auch äußerlich als eine conditio erscheinen.

Und wo nun die Absicht der Contrahenten oder eines derselben, statt auf irgend eine andere Obligation, hauptsächlich darauf gerichtet war: *die vermögensrechtlichen Wirkungen, welche sofort mit der Perfektion eines Vertrags eintraten, unter gewissen Umständen rückgängig zu machen*, — da mußte die dem Hauptvertrage in Form einer conventio beigefügte accessorische Obligation nothwendig darauf gehen, das Geschäft in seinen wesentlichsten Seiten aufzuheben — die Juristen sprachen deshalb von resolvere sub conditione,

was die neuere Jurisprudenz mit dem Ausdrucke „Resolutivbedingung" bezeichnet. —

Auf welchem Punkte dieser Entwickelung soll nun wohl diese accessorische, an gewisse Rechtsgeschäfte geknüpfte Obligation ihre angeborene juristische Natur abgestreift und dafür den durchaus entgegengesetzten Charakter eines dinglichen Rechtsgeschäfts angenommen haben? Wo findet sich eine Veranlassung, oder vielmehr eine Nothwendigkeit hierzu? Denn man sollte meinen, die römischen Juristen hätten sich nicht ohne die zwingendsten Gründe zu einem solchen Bruche mit allen Ueberlieferungen und Grundsätzen des römischen Rechts verstehen können!

Wenn irgend wo eine Veranlassung dafür vorhanden gewesen wäre, den Nebenbestimmungen oder Nebenverträgen eine dingliche Wirkung beizulegen, so war dies der Fall bei den einseitigen, auf Uebertragung von Eigenthum ohne eigenes Interesse des Gebers gerichteten Rechtsgeschäften. Die Nichterfüllung der damit verbundenen Obligation des Empfängers mußte, wenn überhaupt, hier dazu treiben, das Eigenthumsrecht des getäuschten Gebers wieder herzustellen.

Wenn wir aber nicht einmal bei solchen, ausdrücklich auf ein recepturi derselben res gerichteten, Contrakten, wenn wir ebenso wenig bei den unbenannten Realcontrakten von einer dinglichen Wirkung der beigefügten Bestimmungen, von einer Revindication des Gegebenen, etwas vernehmen, wie ist es denkbar, daß die römischen Juristen, welche ein so feines Gefühl für die aequitas besaßen, sich bei den im gegenseitigen Interesse beider Contrahenten geschlossenen zweiseitigen Rechtsgeschäften, den Consensualcontrakten, dazu hätten entschließen können?

Und die Quellen wissen auch nichts davon. Der Prätor hat zugesagt:

pacta conventa, quae neque dolo malo, neque

adversus leges, plebiscita, senatusconsulta, edicta principum ..... facta erunt [1])

unter gewiſſen Vorausſetzungen zu ſchützen, dann nämlich, wenn ſie gleichzeitig mit dem Hauptvertrag verabredet wurden:

quae in ingressu contractus facta sunt. [2])

Aber dieſer Schutz erſtreckt ſich nicht weiter, als auf Gewährung der Klage aus dem Hauptvertrag behufs Geltendmachung des Nebenvertrags. Ob z. B. ein dem Kaufcontrakt beigefügter Nebenvertrag klagbar ſei, darüber entſcheidet der Umſtand, ob das pactum einen integrirenden Theil des Hauptvertrags bildet oder nicht. Iſt erſteres der Fall, ſo kann ex emto geklagt werden, im entgegengeſetzten Falle nicht:

agi ex emto non posse propter eandem regulam. [3])

Eine andere Wirkung kennt Ulpian nicht.

Die vorſtehenden allgemeinen Erörterungen haben wohl ſo viel dargethan, daß die theoretiſche Begründung der Lehre von der Revocabilität des Eigenthums, welche in neuerer Zeit verſucht worden iſt, nicht auf feſten Füßen ſteht. Vor allem verſtößt ſie gegen den Fundamentalſatz des römiſchen Rechts:

Jus publicum privatorum pactis mutari non potest. [4])

Savigny hat dieſen Rechtsſatz ausdrücklich hervorgehoben:

„Das Eigenthum kann durch gewiſſe anerkannte jura „in re, wie die Servituten modificirt werden, eine „Modification des Eigenthums durch bloße „Privatwillkür iſt unmöglich, indem ſie dem

---

[1]) Fr. 7. D. de pact. 2, 14.
[2]) eod. §. 5.
[3]) eod. §. 5.
[4]) Fr. 38. D. de pact. 2, 14.

„jus publicum widerspricht. Das heißt, eine solche „Uebereinkunft kann nur eine obligatorische „Wirkung haben unter den Contrahenten und ihren „Rechtsnachfolgern, aber keine dingliche Wirkung „gegen dritte Personen," [1])

obgleich er sich damit in Widerspruch mit seinen eigenen, allerdings ein Jahrzehent älteren Ausführungen über die Natur und die Wirksamkeit der Bedingungen im 3. Bande seines „Systems" setzte. —

Der Kauf nach römischem Rechte.

§. 4. Wir wenden uns nun zur Untersuchung derjenigen Stellen, welche, wenn auch nicht direkt, doch indirekt den Beweis liefern sollen, daß die römischen Juristen die dingliche Wirksamkeit der Resolutivbedingung beim Kauf und andern Rechtsinstituten anerkannten, die Revocabilität des Eigenthums also in rechtlicher Uebung gewesen sei. Wir beschränken uns dabei auf die übereinstimmend als Ausschlag gebend anerkannten Citate, deren Interpretation zu allen Zeiten Vertheidiger wie Gegner der ipso jure Rückfälligkeit des Eigenthums beschäftigt hat.

Es sind die Fragmente 41 D. 6, 1. de r. v. Fr. 2. 4 §. 3. D. 18, 2. de i. d. add. Fr. 1. 8. D. 18. 3. de l. c. und Fr. 29. D. de m. c. d. 39, 6. Mit diesen stehen oder fallen alle übrigen.

Zuvor müssen wir jedoch einen Blick auf die juristische Natur des Kaufs und der dabei vorkommenden Nebenverträge werfen.

Die juristische Construktion des Kaufs bei den Römern ist bekannt. Sie zerlegen ihn in zwei scharf geschiedene Bestandtheile: 1) den blos auf dem voluntaren Element beruhenden, deshalb ex consensu geschlossenen Kaufvertrag

[1]) Savigny, Oblig.-R. II. S. 141.

von rein obligatorischem Charakter; 2) das eigentliche Kaufgeschäft — ex re — von vorwiegend dinglichem Charakter. Letzterer tritt indeß erst dann ganz rein und unverhüllt hervor, wenn die conditio juris erfüllt, wenn merx gegen pretium, resp. satisfactio ausgetauscht worden ist. Vorher blieb der Verkäufer Eigenthümer [1]), nur konnte er sein Eigenthumsrecht nicht gegen den Käufer, auch den nicht erfüllenden, nie geltend machen, weil ihn derselbe stets mit der exceptio rei venditae et traditae abzuweisen vermochte.

So wenig dies im allgemeinen bestritten wird, so sehr weichen die Meinungen bezüglich dessen von einander ab, was die römischen Juristen unter dem Begriff satisfactio verstanden. Und doch ist hierüber eine gesicherte Bestimmung nothwendig, wenn nicht gerade die wichtigste Frage, welche sich bei dem Kauf erhebt, die nach dem Moment des Eigenthumsübergangs, in der Schwebe bleiben soll.

Zu der in dieser Beziehung noch herrschenden Unklarheit hat unserer Ansicht nach viel beigetragen die in der Doctrin seit Jahrhunderten hergebrachte Anschauung bezüglich der Bedeutung eines andern verwandten Begriffes, der fides habita oder des fidem sequi.

Wir halten es deshalb für unerläßlich, bevor wir weiter gehen, in dieser Beziehung festen Boden zu gewinnen.

Gewöhnlich kommt der Begriff fides habita bei der Frage in Betracht, wann das Eigenthum einer verkauften Sache auf den Käufer übergehe. In diesem Zusammenhang wird derselbe etwas eingehender behandelt, u. A. von Seuffert, von Cropp, und in neuerer Zeit von Strempel. Ihre Auffassung ist im Ganzen dieselbe.

---

[1]) Alienatum non proprie dicitur, quod adhuc in dominio venditoris manet, venditum tamen recte dicetur. (Fr. 67. pr. D. de verb. sign. 50, 16.)

Seuffert sagt:

„fidem habere heißt nichts anderes, als dem Käufer „trauen, sich auf seine Person verlassen, daß er richtig „zahlen werde.“ [1])

Cropp:

„Nach der Interpretation der Juristen ging das „Eigenthum auf den Käufer über, wenn der Ver„käufer ihm den Kaufpreis ohne Sicherheit creditirt „hatte: si is qui vendidit, fidem emtoris secutus „fuerit.“ [2])

Strempel:

„Der Eigenthumsübergang ist auch dann zu be„haupten, wenn ohne materielle Sicherstellung der „Verkäufer dem Käufer fides gegeben, d. h. wenn „der Verkäufer unbekümmert um sein Eigenthum, „dessen Reservation er nicht wollte, die Tradition „vornahm.“ [3])

Dieselbe Auffassung durchzieht die gesammte ältere Jurisprudenz. Am vollständigsten zusammengefaßt finden wir die Meinungen derselben bei Sam. Stryke in seiner 19. Disp. „de fide habita oder den Credithandlungen“.

Stryke erklärt:

»dicitur autèm proprie *fidem habere* qui nuda »alicujus promissione contentus, rem ita alienat, »ut dominium transferat, etiamsi pretium non sta»tim accipiat ....«

Daß bei bloßer Tradition stets fides habita zu präsumiren sei, wird bestritten:

»Ex sola tamen et simplici rei traditione ante »pretium solutum facta, fidem de pretio habitam

---

1) Seuffert, Erörterungen, 2. Abthlg.

2) Cropp und Heise, jurist. Abhdlg. I. „Wann ist auf Credit verkauft?“

3) Strempel, die justa causa bei der Tradition. S. 86.

„colligere velle, quod communiter faciunt Doc-
»tores . . . . . non omnino ratione convenit.« [1])

Angewandt findet Stryke den Begriff ziemlich bei allen Contrakten:

»in omnibus fere contractibus, tam nominatis quam
»innominatis,«

so namentlich auch beim Mandat und der Societät:

»similiter in mandato, societate et tutela fides ha-
»betur personis, cum quibus contrahitur.« [2])

Noch sei ein Ausspruch Savigny's erwähnt, welcher beweist, daß auch dieser in dem »fidem secutus est« nur eine nuda promissio erblickte:

„die Worte »cujus fidem secuti sumus« (in Fr. 84.
„§. 1. D. de R. J. 50. 17.) bezeichnen gerade den
„Fall, da die Parteien sich dem formlosen Ver-
„trag anvertrauen, ohne die höhere Sicherheit der
„Stipulation hinzuzufügen." [3])

Die Ansichten darüber, was die römischen Juristen unter fides habita verstanden, weichen also nur in so weit von einander ab, als Einige, wie Seuffert, anscheinend auch Strempel u. A. geradezu ein stillschweigendes Creditiren annehmen, während alle Uebrigen darin übereinstimmen, es sei damit ein nudum pactum, eine nuda conventio, also ein form- und klagloser Vertrag gemeint. —

Wir können keiner von beiden Meinungen beipflichten. Gegen Savigny wies schon Brinz kurz darauf hin, daß die Worte »cujus fidem secuti sumus« nicht nothwendig auf eine klaglose Obligation bezogen werden müssen, da dieselben „sonst zur Umschreibung des credere dienen und die ganze Reihe der klagbaren Verträge, von denen die Digestentitel lib. 12—20 handeln, umfassen." [4])

---

[1]) Sam. Strykius, dissert. XIX. cap. 1. §. 3. cap. 4. §. 13.
[2]) A. a. O. Cap. III. §. 2. §. 8.
[3]) Savigny, Oblig.-Recht. I. Bd. Cap. 1. §. 9. Anm. d.
[4]) Brinz, kritische Blätter Nr. 3. S. 20.

Und in der That ſcheint ſchon Fr. 1 des Titels de rebus creditis die Möglichkeit auszuſchließen, daß obige Worte ein nudum pactum bedeuten könnten:

Ulpian: Quoniam igitur multa *ad contractus varios* pertinentia jura sub hoc titulo Praetor inseruit, ideo rerum creditarum titulum praemisit; *omnes enim contractus quos alienam fidem secuti* instituimus, complectitur; .....

Ideo sub hoc titulo Praetor et *de commodato*, et de *pignore* edixit; nam cuicunque rei assentiamur *alienam fidem secuti*, mox *recepturi quid ex hoc contractu*, credere dicimur.....

Wie konnte man trotzdem zu jener ganz entgegengeſetzten Anſicht gelangen? Uns ſcheint in Folge einer Verwechslung des Begriffes bona fides mit dem allerdings davon abgeleiteten, aber ſcharf abgegrenzten Rechtsbegriff fidem habere.

Jene bona fides iſt die unerläßliche Vorausſetzung des menſchlichen Verkehrs und deshalb bei allen Verträgen zu beobachten.

Tryphon: Bona fides, quae in contractibus exigitur, aequitatem summam desiderat. (Fr. 31. D. depos. 16. 3.)

Man kann ſie das nothwendige Element jedes Rechtsgebiets nennen. Nun hat aber das römiſche Recht bekanntlich in manchen Fällen dieſes flüſſige Element der aequitas und der bona fides zum ſtrengen ſtarren jus verdichtet, damit die elaſtiſchen Forderungen des jus gentium der ſchwankenden Beurtheilung des boni viri arbitrium entzogen und in die unveränderlichen Formeln des Civilrechts gekleidet. Ob das eine oder das andere anwendbar, darauf kam es im einzelnen Falle an:

Tryphon: Sed eam utrum aestimamus ad merum jus gentium, an vero cum praeceptis civilibus et praetoriis? (eod.)

Nothwendigerweise änderte sich auch die Natur des darauf gegründeten Anspruchs. Dort mehr moralischer Art, waren die Schutzmittel dem entsprechend. Verletzung galt meist als dolus, Verurtheilung infamirte. Hier dagegen gab das jus civile direkte Zwangsklagen mit Succumbenzstrafe.

Darin liegt wohl der Unterschied von bona fides und fides habita. Nur weil Stryke und seine Vorgänger wie Nachfolger beides mit einander verwechselten, konnte die Behauptung aufgestellt werden, der letztere Begriff komme auch bei bonae fidei negotiis vor, beim Mandat z. B. und bei der Societät, während die Quellen dabei wohl von bona fides sprechen, z. B.

venit in hoc judicium pro socio bona fides,

aber des fidem sequi nirgends gedenken, so wenig als in dem Titel de rebus creditis der Consensualcontrakte Erwähnung geschieht.

Als nächste Anhaltspunkte für die Bestimmung der wesentlichsten Seiten oder Merkmale des »fidem secuti sumus« treten in dem Titel de rebus creditis hervor.

1. Gleichstellung mit mutuum und creditum, also stricti juris-Contrakten;
2. Gewährung einer certi condictio.

Darin liegt folgendes:

a) Eine res wird vom Eigenthümer oder Besitzer einem Andern zeitweilig überlassen unter der Bedingung der Rückgabe — mox recepturi — in specie oder (beim mutuum) in genere;
b) das Geschäft ist ein einseitiges und unentgeltliches;
c) der Geber hat kein eigenes Interesse an dem Geschäft.

Hieraus erklärt sich ohne Schwierigkeit, weshalb die Quellen bei Consensual- und andern zweiseitigen Contrakten den Ausdruck credere oder fidem habere nicht brauchen. Diese Contrakte sind der Ausdruck nothwendiger

Verkehrsformen; sie werden im gegenseitigen Interesse beider Contrahenten geschlossen, die Erfüllung erfolgt also auf jeder Seite im eigenen Interesse. Eine ganz verschiedene Natur besitzen solche Geschäfte, resp. Contrakte, in denen Jemand freiwillig, ohne durch die Verkehrsverhältnisse gezwungen zu sein und ohne eigenes Interesse, einem Andern Vermögensstücke überläßt.

Nur für solche Fälle scheint der Ausdruck fidem habere, fidem sequi, gebildet worden zu sein, aber nicht, weil daraus blos ein moralischer Anspruch entspränge. Denn derjenige, welcher fides gewährt, befindet sich juristisch in einer bessern Lage, als der Verkäufer oder Vermiether. Das römische Recht schützt ihn durch schärfere Rechtsmittel, indem es ihm eine certi condictio gibt, während jenen blos eine bonae fidei actio zusteht.

Noch in der späteren Kaiserzeit, als das Condiktionensystem unter dem Einfluß der prätorischen Klagen seine strenge Abgeschlossenheit verloren hatte, bringt obiger Grundsatz durch. Wie Papinian die Condiktion davon abhängig macht, ob der Erfüllende ein eigenes Interesse gehabt habe oder nicht:

> confestim agam praescriptis verbis ut solvas, quanti mea interest, aut si *nihil interest condicam* tibi, (Fr. 7. D. pr. v. 19. 5.),

so erklärt auch Ulpian, daß derjenige die Condiktion nicht zu fürchten brauche, der auf Grund eines zweiseitigen Geschäfts empfing,

> qui accepit, quia ob causam accepit ... nec timet condictionem. (Fr. 15. D. de pr. v. 19. 5.)

Diesem Grunde ist es auch wohl zuzuschreiben, daß die römischen Juristen consequent daran festhielten, beim mutuum keine Zinsen zuzulassen, sondern diese in einen besondern Stipulationsvertrag verwiesen. Mit Zulassung von Zinsen hätte das mutuum den Charakter des fidem sequi, des credere, der Hingabe ohne eigenes Interesse

verloren und den eines zweiseitigen Contraktes angenommen. Dann wäre aber auch keine condictio anwendbar gewesen, und diese Klage hätte damit ihren ursprünglichen Entstehungsgrund verloren.

Dieser ursächliche Zusammenhang zwischen der Verringerung unseres Vermögens zu Gunsten eines Andern ohne eigenes Interesse und den Ausdrücken credere, fidem habere offenbart sich auch bei der Ausdehnung der letzteren auf solche Fälle, wo Jemand auf Grund einer übernommenen Verpflichtung zahlte, wenn diese Verpflichtung ohne eigenes Interesse für einen Dritten eingegangen war:

Ulpian: ... sed et is qui *fidem quam adversarius secutus est*, non praestat; utputa *fidejussi pro te et solvi* ... (Fr. 6. §. 5. D. de his. qu. n. i. 3. 2.)

Allmälig scheint nun noch eine weitere Anwendung des Begriffes fidem habere Platz gegriffen zu haben, indem man die Verwandlung irgend eines fälligen Anspruchs aus zweiseitigen Geschäften in eine persönliche Geldforderung, womit statt einer gewöhnlichen Geschäftsklage eine strenge, in der Regel mit Succumbenzstrafe verbundene Klage eingetauscht wurde, als ein credere, als fidem habere bezeichnete. Wohl deshalb, weil der darin liegende Verzicht auf augenblickliche Befriedigung durch dare auch als Verringerung des Vermögens ohne eigenes Interesse angesehen werden kann.

So gebraucht Papinian bei Nichthalten eines constitutum den Ausdruck fidem frangere, obgleich doch die Umwandlung einer gewöhnlichen Forderung in eine constituirte mit 50 Procent Succumbenzstrafe Alles eher war, als „ein sich auf Treu und Glauben verlassen" im heutigen Sinne.[1])

Denselben Sprachgebrauch befolgt Ulpian, wenn er sagt:

[1]) Dixi non esse audiendum, si velit hodie fidem constitutae rei frangere. Fr. 25. D. de pec. const. 13. 5.

si ei *fides habita* fuerit *promittendi sine satisdatione*, idonee cautum videtur (fr. 4. §. 8. D. de fid. lib. 40. 5),

denn das promittere, die Stipulation, ſteht hier im Gegenſatz zu satis dare, d. h. der eigentlich ſchuldigen Beſtellung von Bürgen, auf welche Verzicht geleiſtet wurde.

Und ebenſo Paulus mit Weglaſſung des fidem:

et merito, *tunc enim liberatur* is, qui debitorem delegat, *si nomen ejus creditor secutus est* . . . . (fr. 45. §. 7. D. mand. 17. 1.)

Sind die bisherigen Ausführungen richtig, ſo kann beim Kauf von fides habita nicht die Rede ſein, ſo lange es ſich dabei um Erfüllung der gegenſeitigen Contraktsanſprüche handelt, ſo lange dem Verkäufer alſo nur die actio emti et venditi auf Preis und Intereſſe zuſteht.

Sollte hierbei und überhaupt bei allen zweiſeitigen Contrakten der Begriff des credere, des fidem habere in Anwendung kommen können, ſo mußte der damit zu bezeichnende Anſpruch vorher nothwendig den Charakter der Gegenſeitigkeit abgeſtreift und dafür den einer Forderung auf Grund der Verringerung des Vermögens ohne eigenes Intereſſe angenommen haben. Dieß konnte aber nur in der Weiſe erfolgen, daß Käufer und Verkäufer in ausdrücklicher Uebereinkunft die Forderung, resp. Schuld der Kaufſumme, in ein quasi mutuum, verwandelten, entweder mittelſt Stipulation, oder ein transcriptitium nomen oder an Stelle des letzteren durch ein constitutum. In irgend welcher Form mußte alſo eine Novation vorgenommen werden oder zu der bisherigen eine neue ſtärkere Obligation treten.

Daß nun die Römer die Forderungen aus einem Kauf wirklich häufig auf dieſe Art in ſtrenge Geldforderungen verwandelten, dafür laſſen ſich genügende Zeugniſſe beibringen.

Bei Erläuterung des transcripticium nomen ſtellt Gajus an die Spitze die Umwandlung einer Schuld aus dem Kauf in eine litteris obligatio. Dann folgen Forderungen aus andern Conſenſualcontrakten:

Gajus: A re in personam transcriptio fit veluti si id quod tu *ex emtionis causa* aut conductionis aut societatis mihi *debeas*, it expensum tibi tulero. (Gaj. Instit. III. §. 129.)

Ulpian erklärt in ſeinem Ediktcommentar das Conſtitutum dahin:

Debitum autem ex quacunque causa potest constitui, id est ex quocunque contractu, sive certi, sive incerti, et si *ex causa emtionis quis pretium debeat* . . . . . vel ex quocunque alio contractu. (Fr. 1. §. 6. D. de pec. const. 13. 5.)

Die Novation der Schuld aus dem Kauf mittelſt Stipulation bezeugt u. A.

Papinian: Emtor, quum delegante venditore pecuniam ita promittit: quidquid *ex vendito dare facere oportet, novatione secuta* usuras neutri post insecuti temporis debet. (Fr. 27. D. de nov. 46. 2.)[1])

Es fragt ſich jetzt nur noch, ob wir berechtigt ſind, da, wo die Quellen die Frage des Eigenthumsüberganges beim Kauf behandeln und den Wechſel des dominium außer von solutio des Kaufpreiſes eventuel von fides habita abhängig machen, unter dem fidem habere oder fidem sequi eine Umwandlung der Schuld aus dem Kauf in eine ſtrenge Geldforderung anzunehmen.

Bekanntlich brauchen die Quellen vornämlich zwei Ausdrücke, um ein rechtsgültiges Surrogat der solutio zu bezeichnen. Der eine iſt das Wort »satisfactio«, der andere unſer vielbeſprochenes »fidem habere«.

---

[1]) Ferner Fr. 47. D. de pact. 2, 14. D. de except. 44. 1. Fr. 26. D. de solut. 46. 3. c. 3. C. ad sct. Mac. IV. 26.

Die Aufgabe besteht darin, 1) das Verhältniß der beiden Ausdrücke zu einander zu bestimmen; 2) zu belegen, daß die römischen Juristen bei Anführung des fidem sequi nicht an einen form- und klaglosen Vertrag dachten, sondern darunter jene oben besprochene Umwandlung der Obligation und der Klage verstanden.

Ad 1. Bei einer flüchtigen Vergleichung der verschiedenen Stellen, in welchen die Solutionsfrage behandelt wird, scheint sich eher das Gegentheil dessen herauszustellen, was wir zu finden meinten. Gajus weiß nichts von fidem habere. Er sagt:

> Ut res emtoris fiat nihil interest, utrum solutum sit pretium, an eo nomine fidejussor datus sit. Quod autem de fidejussore diximus, plenius acceptum est, qualibet ratione si venditori *de pretio satisfactum* est, veluti expromissore, aut pignore dato, proinde sit, ac si pretium solutum esset. (Fr. 53. D. de contr, emt. 18. 1.)

Ulpian gedenkt in einer bekannten Stelle ebenfalls blos der satisfactio:

> ... quia res venditae non alias desinunt esse meae, quamvis vendidero, nisi aere soluto, vel fidejussore dato, *vel alias satisfacto* ... (Fr. 5. §. 18. D. de trib. 14. 4.)

Ein anderes Fragment stellt dem Anschein nach sogar beide Begriffe in Gegensatz:

> Pamponius: Quod vendidi non aliter fit accipientis, quam si aut pretium nobis solutum sit, aut satis eo nomine factum, vel etiam *fidem habuerimus* emtori *sine ulla satisfactione.* (Fr. 19. D. de contr. emt. 18. 1.)

Und denselben Gegensatz findet man in der berühmten Institutionenstelle:

> Venditae vero res et traditae non aliter emtori acquiruntur, quam si is venditori pretium solverit

vel alio modo *ei satisfecerit*, veluti expromissore aut pignore dato ..... Sed si is, qui vendidit, *fidem emtoris secutus est*, dicendum est, statim rem emtoris fieri. (§. 41. J. II. 1. de rer. div. e. qu.)

Hat man doch noch in jüngster Zeit gerade diese Institutionenstelle als Beweis dafür angerufen, daß das Eigenthum beim Kauf auch ohne Satisfaktion übergehe.

Diese Behauptung zwar wird durch den einfachen Hinweis widerlegt, daß auf die Eingangsworte

„verkaufte und trabirte Sachen gehen nur „dann in das Eigenthum des Käufers über, „wenn ..."

unmöglich ein Satz folgen kann, der sie selbst aufhebt — denn die Interpretation der Schlußphrase »sed si is etc.,« wie sie namentlich Strempel versucht: das heiße, auch die bloße Tradition ohne Satisfaktion verschaffe dem Käufer das Eigenthum, enthält eine direkte Beseitigung des Obersatzes und läßt die Institutionenverfasser den naiven Ausspruch thun:

„verkaufte und trabirte Gegenstände werden „nur dann Eigenthum des Käufers, wenn .... „sie tradirt worden sind."

Aber die Vereinigung der citirten Stellen mit unseren früheren Ausführungen hat trotzdem ihre Schwierigkeiten. Sie verschwinden nur dann, wenn man sich daran erinnert, daß unsere Pandektenfragmente sammt Institutionen einen Zeitraum von mehr als einem halben Jahrtausend umfassen und daß während dieser Zeit Rechtsbegriffe und Rechtsinstitute vielfache Wandlungen erlitten. Sie spiegeln sich zwar in den aus allen Zeiträumen stammenden Fragmenten ab, aber verzerrt, weil diese ohne Ordnung bunt durcheinander gewürfelt vorliegen, und erst dann ein annähernd ähnliches Bild liefern, wenn der Ursprung jedes Fragmentes berücksichtigt wird.

Auch der Begriff satisfactio hat im Verlauf der Jahr-

hunderte eine Umwandlung erlitten. Urſprünglich bildete derſelbe das Seitenſtück zu dem satisdare, worunter ausſchließlich die Stellung von Bürgen — gewöhnlich für gerichtliche Zwecke — verſtanden wurde. Doch war jener in ſo fern weiter, als ſchon früh neben der Verbürgung auch die Pfandbeſtellung darunter begriffen ward.

Auf dieſen Umfang erſcheint der Begriff des satisfacere beſchränkt zur Zeit des altklaſſiſchen Rechts. Als Zeuge dafür dürfen wir Gajus betrachten, der bekanntlich vorzugsweiſe die älteren Rechtsquellen benützte und ſich namentlich eng an die libri XVIII juris civilis des alten Qu. Mucius Scävola anſchloß.

Den ſtrengen Anforderungen des republikaniſchen Civilrechts ganz angemeſſen erſcheint ſeine Erklärung, daß der Käufer außer durch solutio nur noch durch Bürgſchaft oder Pfand Eigenthümer werde.

Der Ausſpruch des Pomponius ſtimmt damit genau überein. Die Stelle iſt dem Commentar zu Quintus Mucius entnommen, trug alſo ebenfalls die Anſicht jenes Zeitalters vor. Aber Pomponius, der nicht wie Gajus in der Provinz lebte, weiß mehr. Seit der Zeit der Republik war der Eigenthumserwerb beim Kauf leichter geworden, hauptſächlich wohl in Folge des außerordentlich geſteigerten Verkehrs. Den Bedürfniſſen der Handelswelt entſprungen, hatte ſich die Verwandlung der Kaufſumme in eine Geldforderung durch Promissio, nomen transcripticium, an deſſen Stelle das noch handlichere constitutum, Eingang und allmälig auch prätoriſche Anerkennung als Rechtstitel des Eigenthumserwerbs verſchafft. Auch Pomponius weist darauf hin, aber noch enthält er den handelsrechtlichen Eindringlingen den legitimen civilrechtlichen Titel als satisfactio vor und braucht dafür eine Umſchreibung, die wahrſcheinlich in dieſer Periode dafür üblich geworden war.

So erklären wir den Satz

fidem habuerimus sine ulla satisfactione.

Das getreue Conterfei dieser Entwickelung haben wir in der mitgetheilten Institutionenstelle vor uns. Die erste Hälfte derselben bis »pignore dato« ist theilweis wörtlich Gajus entnommen. Dann wird, wahrscheinlich ebenfalls aus Gajus, der ja die 12 Tafel-Gesetze commentirte, die Bemerkung eingeschoben

Quod cavetur quidem lege duodecim tabularum etc.

Da aber aus den Schriftstellern des 2. Jahrhunderts hervorging, daß später noch ein anderes Surrogat der solutio Gültigkeit erlangt hatte, so fügten die Institutionenverfasser noch den Satz hinzu, daß auch fidem sequi als Erwerbstitel gelte.

Sie berücksichtigten dabei nicht, daß sich das fidem habere seit Pomponius längst das Bürgerrecht als satisfactio gleich expromissio und pignore dato verschafft hatte, wie sie auf der andern Seite übersahen, daß auch aus dem Begriff satisfacere etwas ganz anderes geworden war, als zur Zeit der Republik.

Wie selbst der Jahrhundert hindurch unerschüttert gebliebene Begriff der satisdatio als Kautionsleistung durch Bürgschaft endlich auch die bloße repromissio in seinen Umfang hatte aufnehmen müssen:

Paulus: satisdationis appellatione interdum etiam repromissio continebitur, qua contentus fuit is, cui satisdatio debebatur, (fr. 61. D. de verb. sig. 50. 16.),

so war der Ausdruck satisfactio längst die Bezeichnung für jede Art Sicherstellung, mit welcher sich der Creditor befriedigt erklärte, geworden, weshalb Ulpian in der oben citirten Stelle neben solutio nur noch satisdatio oder Bürgschaft besonders hervorhebt, alle übrigen Surrogate der solutio aber als satisfacere zusammenfaßt. Was zu seiner Zeit — gegenüber der Vergangenheit — darunter begriffen wurde, sagt er anderwärts selbst:

satisfactum autem accipimus quemadmodum voluit creditor, licet non sit solutum; sive aliis pignoribus sibi caveri voluit, ut ab hoc recedat; sive fidejussoribus, sive reo dato, sive pretio aliquo, vel nuda conventione ....

(Fr. 9. §. 3. D. de pign. act. 13. 7.)

Dazu gehört nun offenbar auch unſer fidem habere, wie die ſchon citirte Stelle beweist:

si ei fides habita fuerit promittendi.

Das Verhältniß der Ausdrücke und Begriffe satisfactio und fides habita hatte ſich demnach mehrfach geändert und verſchoben, etwa in folgender Weiſe:

Erſteres bedeutete urſprünglich gleich satisdare Sicherſtellung für eine anderweite Verbindlichkeit in den vom Civilrecht anerkannten Formen der Bürgen- oder Pfandbeſtellung, letzteres gleich credere eine zeitweilige Hingabe von Vermögensſtücken ohne eigenes Intereſſe. Als rechtsgültiges Surrogat der solutio beim Kauf war lange Zeit nur erſteres anerkannt.

Mit zunehmender Bedeutung des Handels genügte jedoch dieſe ſchwerfällige Form nicht. Die Erlangung von Bürgen wurde ſeit Löſung des Gentilenverbandes ohnehin immer ſchwieriger. Die Waare wollte der Händler verkaufen, nicht verpfänden. Zuerſt in der Handelswelt und gewohnheitsmäßig, dann in weiteren Kreiſen, zuletzt auch vom Prätor anerkannt, machte ſich der Gedanke geltend, daß auch die perſönliche Obligation des Schuldners aus dem Kauf auf die betreffende Geldſumme, womit nothwendig eine Verſchärfung der Haftbarkeit verbunden war, Erſatz für solutio biete. Dafür brauchte man den Ausdruck fidem sequi. Das Hauptmerkmal dieſes Begriffes aber blieb immer die Verringerung des Vermögens ohne eigenes Intereſſe, alſo ohne Aequivalent und ohne Zinſen, wie wir aus der Definition Ulpians in fr. 1. des Titels de rebus creditis deutlich erſehen.

Weit elaſtiſcher hatte ſich der Begriff satisfactio gezeigt. Da das einzige Kriterium dafür der Wille des Gläubigers war, ſich befriedigt zu erklären, ſo entſtand daraus, wie wir ebenfalls aus Ulpians Definition: satisfactum autem accipimus etc. erkennen, ein Gattungsbegriff neben der solutio, welcher die verſchiedenſten Formen des Erſatzes umfaßte und worin nothwendig auch die fides habita eingeſchloſſen war.

Zuerſt der satisfactio entgegengeſetzt, dann beigeordnet, erſcheint dieſer Begriff jenem zuletzt untergeordnet, wie die Art der Gattung.

Ad 2. Bis zur Zeit der klaſſiſchen Juriſten, ja bis zum Schluſſe unſerer Rechtsquellen findet ſich kein Beiſpiel, daß mit dem Ausdruck fidem secutus est ein form- und klagloſer Vertrag bezeichnet worden wäre. Im Gegentheil widerſtreiten alle Stellen, in welchen der Ausdruck vorkommt, einer ſolchen Annahme. Selbſt das von Savigny angezogene Wort des Paulus:

> Is natura debet, quem jure gentium dare oportet, cujus fidem secuti sumus. (Fr. 84. §. 1. D. R. J. 50, 17.)

läßt ſich ohne Zwang nicht ſo auslegen, denn Schulden und Verbindlichkeiten entſtehen natürlicherweiſe nicht durch bloße Verſprechungen und Zuſagen, ſondern ſie beruhen auf materiellen Vorausſetzungen.[1]) Nicht das jus naturale oder das jus gentium, nur das jus civile kennt klagbare Obligationen ohne causa debendi.

Dagegen ſteht feſt, und wir haben es belegt, daß die römiſchen Juriſten die Umwandlung der Schuld aus dem Kauf in eine ſtrenge Geldforderung, in eine andere Obligation mit ſchärferer Klage, ſei es mittelſt Stipulation oder transcripticium nomen, ſpäter mittelſt des constitu-

---

1) Pomp. Jure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem. (Fr. 206. D. R. J. 50. 17.)

tum als etwas Gebräuchliches und Gewöhnliches kennen. Andrerseits wird von ihnen die Eingehung einer stipulatio an Stelle der satisdatio ausdrücklich als fides habita bezeichnet, und zwar geschieht dies von demselben Juristen, welcher im gleichen Ediktcommentar die Ausdrücke credere und fidem sequi für synonym erklärt hatte. Ist der innere Zusammenhang dieser Stellen nicht unabweisbar?

Wenn wir den Ausdruck fides habita trotzdem nur selten angewandt finden, wo die Solutionsfrage behandelt wird, so hat das ersichtlich keinen andern Grund, als den, daß der zuletzt alle Formen der Sicherheitsleistung umfassende Ausdruck satisfactio eben deshalb vorgezogen wurde und jenen nach und nach ganz verdrängte. In den Constitutionen ist er fast verschwunden, während die Umwandlung irgend einer Schuld in eine Obligation auf eine bestimmte Geldsumme nach wie vor mittelst Stipulation oder constitutum erfolgte. Beide enthalten regelmäßig die Satisfaktionsklausel:

> si quando quis pro se vel pro alia persona pecuniam se solvere *constituerit* vel *spoponderit*, sic dicens: *satisfaciam tibi*, tenetur pro quantitate, quam promisit .... (Nov. 115. c. 6.)

Noch einem Einwand müssen wir zuvorkommen. Man könnte sagen: „Wenn auch nicht unter fides habita, so verstanden die römischen Juristen der klassischen Zeit doch unter satisfactio einen form- und klaglosen Vertrag. Damit ist aber die Behauptung Stryke's, Seuffert's, Cropp's und Savigny's erwiesen, daß unter Creditiren ein Hingeben auf Treu und Glauben anzunehmen sei." Zur Rechtfertigung würde man sich auf Ulpian berufen, der unter den verschiedenen Formen der satisfactio in fr. 9. §. 3. de pign. act. 13. 7. (s. oben) auch die nuda conventio anführt. Namentlich Cropp hebt dieses Wort hervor.

Nun sagt uns aber Ulpian in dem sehr ausführ-

lichen Commentar zu den Ediktworten bezüglich der pacta conventa (fr. 7. D. de pactis 2. 14.) deutlich genug, daß der Prätor außer den Nebenverträgen bei bonae fidei negotiis keinem andern Paktum rechtliche Wirkung beilege, als dem pactum de non petendo. Und dieses pactum de non petendo hat Ulpian auch in der betreffenden Stelle im Sinn. Dies steht außer allem Zweifel. Denn in der Fortsetzung seiner Rede — die von den Compilatoren durch ein Einschiebsel aus Gajus vom Anfang getrennt worden ist und nun fr. 11. bildet, — erklärt Ulpian, daß der Gläubiger satisfactio erhalten habe, das Pfandrecht also erlösche:

pignus perimit,

wenn 1) entweder die Schuld novirt worden sei,

novata autem debiti obligatio,

oder 2) die Obligation durch Acceptilation getilgt wurde,

et si accepto lata sit pecunia,

oder endlich 3) statt dessen ein pactum de non petendo, welches ebenfalls aufrecht erhalten werden müsse, abgeschlossen wäre:

vel si pactum, cui standum est, de pecunia non petendo factum est.

Da haben wir zugleich den untrüglichsten Aufschluß erhalten, woran das klassische Recht die rechtlichen Wirkungen der satisfactio knüpft. Also sind auch für den Eigenthumsübergang beim Kauf als unerläßliche Voraussetzungen zu verlangen:

a) entweder (solutio) Zahlung,
b) oder (novatio) Umwandlung der Schuld in eine Obligation auf die Geldsumme,
c) oder (acceptilatio und pactum de non petendo) ausdrücklicher Verzicht auf die Forderung.

Wir glauben hiermit unsere Auffassung des Begriffes fidem habere hinreichend begründet und ebenso nach-

gewieſen zu haben, daß die Römer weder von einer ſtillſchweigenden Creditirung des Kaufpreiſes, noch von Anerkennung form- und klagloſer Verträge als Rechtstitel behufs Eigenthumsübergang beim Kauf etwas wußten. —

Die Nebenverträge beim Kauf im römiſchen Rechte.

Die Nebenverträge oder Bedingungen, welchen die Römer beim Kauf rechtliche Wirkung beilegen, zerfallen in zwei Hauptarten, die hinſichtlich ihrer Wirkungen genau geſchieden werden. Die erſte und weitaus gewöhnlichſte Nebenbedingung des Kaufs iſt die ſuspenſive. Wie aus Ulpian's Erklärung derſelben erhellt [1]), erſtreckt ſich die Wirkung derſelben nur auf den Kaufvertrag, auf den Zeitpunkt der Exiſtenz der darin liegenden Obligation. Von dinglicher Wirkung oder Rückwirkung der Suspenſivbedingung kann beim Kauf ſchon deshalb keine Rede ſein. Anders wirkt die Reſolutivbedingung. Bei dieſer wird vorausgeſetzt, daß der Kaufvertrag unbedingt geſchloſſen worden war, deshalb begannen vom Augenblick der Perfektion an die obligatoriſchen, vermögensrechtlichen Folgen, periculum und commodum liefen für Rechnung des Käufers, war tradirt, ſo konnte derſelbe uſucapiren ꝛc. Da aber eine bloße Willenserklärung nur obligatoriſche Verpflichtungen nach ſich zieht, ſo kann auch die Reſolutivbedingung, welche Auflöſung des Kaufs an ein ungewiſſes künftiges Ereigniß knüpft, die beabſichtigte Wirkung vollſtändig nur dann erreichen, wenn der Kauf nicht über das

[1]) Si id quod venierit, appareat, quid, quale, quantum sit, et pretium, et pure veniit, perfecta est emtio. Quodsi sub conditione res venierit, si quidem defecerit conditio, nulla est emtio .... quodsi extiterit, Proculus et Octavenus emtoris esse periculum aiunt .... (Fr. 8. D. de per. et com. 18, 6.)

erſte Stadium, den Kaufvertrag, hinausgekommen iſt.[1]) Sowie aber die Contrahenten über den Kaufvertrag hinweg zum Vollzug geſchritten ſind, wenn auch nur einſeitig, iſt jede dem Vertrag beigefügte Bedingung wirkungslos, ſo weit ſie mehr als die vermögensrechtlichen Folgen der Perfektion des Kaufvertrags betrifft. Beim Kaufvollzug als realem Akt, mit ſelbſtſtändigem, vom Einzelwillen unabhängigen, Weſen ſind alle Vorbehalte, die nicht den Principien des Kaufs ſelbſt entſpringen, unwirkſam. Der Käufer hat, falls er den Preis erlegte, nur die Klage ex emto auf das Intereſſe, der Verkäufer, wenn er tradirte, nur die Klage ex vendito auf Preis und Zinſen.[2])

Iſt der Vollzug auf beiden Seiten erfolgt, das Kaufgeſchäft alſo vollendet, ſo kann eine Reſolutivbedingung noch viel weniger daran ändern oder dieſe Thatſache kraft des voluntaren Elements rückgängig machen. Ein früherer Nebenvertrag kann wohl für beide Contrahenten die Obligation begründen, den Kauf in allen ſeinen Theilen rückwärts noch einmal durchzumachen. Aber dazu kann Niemand gezwungen werden.[3]) Wenn dies nicht freiwillig

---

1) Emtio et venditio . . . contrario consensu resolvitur, *antequam fuerit res secuta.* (Fr. 3. D. de resc. vend. 18. 5.)

2) Potest enim, dum res integra est, conventione nostra infecta fieri emtio . . . . . Sed non poterimus eadem ratione uti post pretium solutum emtione repetita, quum post pretium solutum infectam emtionem facere non possumus.

(Fr. 2. D. de resc. vend. 18, 5.)

Perfectam emtionem atque venditionem *re integra tantum pacto et consensu posse dissolvi* constat . . . . . Sin vero partem pretii persolvisti, ad ea quae venditorem ex venditione oportet praestare, magis actionem, quam ad pretii quantitatem, quam te dedisse significas, habes.

(c. 2. C. qu. lic. ab emt. disc. 4, 45.)

3) Re quidem integra ab emtione et venditione utriusque partis consensu recedi potest. Etenim quod consensu contractum est, contrariae voluntatis adminiculo dissolvitur. At enim *post*

geschieht, so bleibt es bei einer persönlichen Klage auf Grund der Obligation.

Als solche Nebenverträge müssen z. B. das pactum displicentiae und das pactum de retrovendendo angesehen werden. Wie jenes im Interesse des Käufers, so bedang dieses im Interesse des Verkäufers eventuel Rückgängigmachung des Kaufgeschäfts. Die Wirkung war in beiden Fällen dieselbe: Eintritt der Bedingung verschaffte, einmal dem Käufer, das andere Mal dem Verkäufer, eine persönliche Klage auf die contrahirte Leistung.

Wir sehen also, daß die beiden Contrahenten eines Kaufvertrags mittelst einer Resolutivbedingung den Vertrag selbst rescindiren können, sie vermögen ihren Privatwillen zu binden und sich zur Erfüllung gewisser Verbindlichkeiten zu verpflichten. Damit greifen sie weder in die Rechts- und Machtsphäre anderer Rechtssubjekte, noch in die des allgemeinen Rechtswillens ein. Hat aber das erste Geschäft, ihr Vertrag, Folgen gehabt, welche unter die Cognition des allgemeinen Rechtswillens fielen, ist ein dingliches Recht constituirt, ein Ort religiös gemacht, ein Sklave freigelassen worden, so mögen Nebenverträge eine Obligation zu Entschädigungen, zur Leistung des Interesse u. dgl. begründen, darüber hinaus sind sie unwirksam und werden es so lange bleiben, als nicht das Recht den Fundamentalsatz abwirft, daß der Einzelwille über die Festsetzungen des allgemeinen Rechtswillens keine Macht hat.

Aus demselben Grunde ist das sog. pactum reservati dominii, bekanntlich eine Erfindung der mittelalterlichen Jurisprudenz, beim Kaufgeschäft durchaus unanwendbar, insofern darunter etwas anderes verstanden wird, als das ipso jure beim Verkäufer verbleibende Eigenthumsrecht, so

---

traditionem interpositam nuda voluntas non resolvit emtionem, *si non actus quoque priori similis, retro agens venditionem* intercesserit. (c. 1. C. qu. lic. 4, 45.)

lange nicht solutio oder satisfactio geleistet ist. Eigenthumsübertragung und Kaufvollzug sind so unzertrennlich, daß eine entgegengesetzte, auf Nichtübertragung des Eigenthums auch bei erfolgter Zahlung gerichtete Bestimmung den Begriff des Kaufs aufhöbe. [1])

Wenn Einige meinten, in einer Stelle, welche von Uebertragung des prekären Besitzes an den Käufer handelt, ein Beispiel der Anwendung des pactum res. dom. im römischen Recht der klassischen Zeit zu finden, so wurde dabei das Wesen des Kaufs nicht richtig aufgefaßt. Die fragliche, namentlich von Keller angeführte Stelle,[2]) stützt sich ganz richtig darauf, daß der Verkäufer nicht gezwungen werden kann, dem Kaufvertrag den Vollzug folgen zu lassen, so lange der Käufer das pretium nicht erlegt. Eben deshalb steht es ihm frei, dem Mitcontrahenten, wie jeden andern Gegenstand, so auch das vereinbarte Kaufsobjekt als precarium zu leihen. Letzterer besitzt aber dann nicht als Käufer, sondern als Precarist. Ein sog. pactum res. dom. ist folglich ganz unnöthig. Die Tradition erfolgte nicht auf Grund des Kaufs, sondern auf Grund einer Liberalität, und Niemand vermag den Grund seines Besitzes zu ändern. [3])

Somit scheint nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die wir durch zahlreiche Aussprüche der klassischen Juristen

---

[1]) Et inprimis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est tradere; quae res si quidem dominus fuit venditor, facit et emtorem dominum. (Fr. 11. §. 2. D. de act. e. e. v. 19, 1.)

[2]) Ea quae distracta sunt, *ut precario penes emtorem essent*, quoad pretium universum persolveretur .... venditorem posse consequi. (Fr. 20. D. de prec. 43, 26.)

[3]) Nec existimandos mutare sibi causam possessionis, quibus a domino concedatur precario possidere; nam et si id, quod possideas, alium precario rogaveris, *videri te desinere ex prima causa possidere* et incipere *ex precario* habere; et contra..... (Fr. 22. eod.)

anerkannt und befolgt finden, beim Kauf und seinen Nebenverträgen kein Raum für die dingliche Wirksamkeit der Resolutivbedingung und die ipso jure Rückfälligkeit des Eigenthums zu sein. Trotzdem sollen gerade bei zwei von den Römern häufig angewandten Nebenverträgen des Kaufs die entschiedensten Beweise für die Anwendung derselben vorliegen, nämlich bei der lex commissoria und der in diem addictio. Wir müssen deshalb näher auf die Construktion und Bedeutung dieser Nebenverträge eingehen.

Der Nebenvertrag lex commissoria.

§. 6. Als Beweise für die Anwendung der dinglichen Wirksamkeit der Resolutivbedingung werden in der Regel citirt folgende Fragmente und Constitutionen:

Ulpianus: Si fundus commissoria lege venierit, magis est, ut *sub conditione resolvi* emtio, quam sub conditione contrahi videatur. (Fr. 1. D. de l. c. 18, 3.)

Scävola: Mulier fundos Cajo Sejo vendidit, et acceptis arrhae nomine certis pecuniis statuta sunt tempora solutioni reliquae pecuniae; quibus si non paruisset emtor, pactus est, ut arrham perderet, et inemtae villae essent; die statuto emtor testatus est, se pecuniam omnem reliquam paratum fuisse exsolvere, et sacculum cum pecunia signatorum signis obsignavit, defuisse autem venditricem; posteriore autem die nomine fisci testato conventum emtorem, ne ante mulieri pecuniam exsolveret, quam fisco satisfaceret; quaesitum est, an fundi non sint in ea causa, ut *a venditrice vindicari* debeant *ex conventione venditionis?* Respondit, secundum ea, quae proponerentur, non commisisse in legem venditionis emtorem. (Fr. 8. eod.)

Commissoriae venditionis legem exercere non potest, qui post praestitutum pretii solvendi diem,

non *vindicationem rei eligere*, sed usurarum pretii petitionem sequi maluit.

(c. 4. C. de pact. i. emt. et vend. 4, 54.)

Wie in neuerer Zeit Glück, Thibaut, Sell, Vangerow u. A., so stützten sich schon die alten italienischen und französischen Juristen auf obige Stellen.

Nach Vangerow beweist die erste:

„daß bei der lex comm. stets eine Resolutivbedingung „zu präsumiren sei,"

während aus den beiden folgenden mit Evidenz hervorgehe, daß

„wenn ein Verkauf unter der lex comm. abgeschlossen „und dem Verkäufer das pretium nicht zur bestimmten Zeit bezahlt ist, demselben die vindicatio „zustehe."

Hieraus folge aber:

„daß bei der l. c. das Eigenthum mit dem Augenblick der erfüllten Bedingung von selbst an den „Verkäufer fallen müsse." [1])

Diese Schlußfolgerung würde in der That unangreifbar sein, wenn eines feststünde: der Uebergang des Eigenthums auf den Käufer mit Perfektion des Kaufvertrags und nachfolgender Tradition. Aber dieser Anfall wird ohne weiteres vorausgesetzt, während nichts weniger sicher ist als das. Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen geht das Eigenthum beim Kauf erst mit Solution, resp. Satisfaktion auf den Käufer über, und eben dies fehlt bei der l. c., sonst wäre sie überflüssig.

Die römischen Juristen selbst sagen nichts von einem Uebergang des Eigenthums auf den Käufer sub lege commissoria. In einer bekannten Stelle des Hermogenian heißt es sogar ausdrücklich:

---

[1]) Vangerow a. a. O. §. 96.

sub lege commissoria *distracti in dominio venditoris connumeratur.*

(Fr. 38. §. 2. D. ad leg. falc. 35, 2.)

Die Ausdrucksweise des Hermogenian läßt keinen Zweifel darüber aufkommen, daß er einen anerkannten Rechtssatz auszusprechen meinte, als er dem Verkäufer das Eigenthum zuschrieb an dem »sub lege commissoria« tradirten Grundstücke — er braucht dafür den bezeichnenden, für alle Veräußerungshandlungen, bei welchen nicht sofort und ipso jure Eigenthum übergeht, typischen Ausdruck »distrahere«.

Demnach blieb ein unter dem Vorbehalt der l. c. verkauftes und tradirtes Grundstück im Eigenthum des Verkäufers, was jeden Rückfall an ihn bei verwirktem Recht aus dem Kauf unnöthig macht. Diesem direkten Zeugnisse des Hermogenian steht kein einziges ebenso positives entgegen; worauf stützt sich also die gegentheilige Meinung? Auf innere Gründe? Diese könnten jedenfalls nur dem Wesen des Kaufs und der Bedeutung der l. c. im Geschäftsleben wie im Rechtsleben der Römer entnommen werden. Eine darauf zielende Untersuchung führt aber zu ganz anderen Resultaten.

Der Vorbehalt der l. c. lautete nach Ulpian:

fundus, nisi intra certum diem pretium sit exsolutum, inemtus fieret. (Fr. 4. D. de l. c. 18, 3.)

Das hieß: wenn der Kaufpreis nicht bis zum bestimmten Tage bezahlt worden ist, solle die res nicht für gekauft gelten. Dem Verkäufer stand es frei, vom Verkaufe zurückzutreten, die res, in der Regel sammt Früchten, zu vindiciren oder den Käufer mit der Klage ex emto auf Preis und Zinsen zu belangen. Der Käufer blieb unter allen Umständen gebunden.

Trotz dieser feststehenden Regeln des römischen Rechts haben Westphal, Glück, Puchta u. A. gemeint, das Paktum könne auch zu Gunsten des Käufers festgesetzt

werden. Wieder Andere erblicken darin einen dem Belieben der Privaten entsprungenen, bald so bald anders gedrehten Vorbehalt, den die römischen Juristen respektirt hätten, wie er auch gelautet habe.[1]) Die römischen Juristen dürften doch schwerlich so willfährig gewesen sein.

In der wirthschaftlichen Natur des Kaufs liegt es, daß bei ihm an Stelle des in der Geldwirthschaft unmöglichen direkten und unmittelbaren Austausches Zug um Zug — Gut gegen Gut — der unmittelbare Wechsel von relativem Tauschwerth — Waare — gegen absoluten Tauschwerth — Geld — tritt und nur dann ein Kauf im wahren Sinne des Worts vorliegt, wenn der Veräußerer für das hingegebene Verkaufsobjekt reinen Tauschwerth empfängt und zwar sofort empfängt. Denn nur in diesem Falle ist er im Stande, die zweite Hälfte der Tauschoperation ebenfalls zu vollziehen, sich mittelst des Geldes die begehrte Waare ohne Aufschub zu verschaffen. Dieser Forderung der naturalis ratio entsprach der alte Rechtssatz, daß das Eigenthumsrecht des Verkäufers auch bei erfolgter Tradition erst dann zerstört werde, wenn Solution erfolgt. Die realen Gestaltungen des Lebens, namentlich die Ausbildung des tief in alle Verhältnisse der Römer eingreifenden Handelsverkehrs führten indessen zu Surrogaten der Solution und erzwangen zuletzt auch die Anerkennung der persönlichen Obligation des Käufers auf den Kaufpreis, wenn der Verkäufer sich statt des pretium damit begnügte. Statt dominus des pretium wurde der Verkäufer creditor des Käufers. Die Römer bezeichneten dies, wie in §. 4. ausgeführt, mit dem Ausdruck fidem sequi.

---

[1]) Strempel, Ueber die justa causa b. d. Tradition §. 11: „Trotz der l. c. wäre zunächst unbedingte Eigenthumsüber„tragung möglich; ..... es ist aber auch gedenkbar, daß eben „wegen der l. c. es gar nicht zu der Eigenthumsüber„tragung unter den Parteien kommt."

Durch diese Anerkennung der persönlichen Obligation des Käufers auf eine dem Kaufpreis entsprechende Geldsumme als satisfactio, war aber die gegenseitige Stellung von Verkäufer und Käufer zu Ungunsten des Ersteren verschoben worden, die Rollen ungleich vertheilt. Denn der Kauf war damit ein Austausch von Eigenthum gegen Obligationen geworden, anstatt gegen absoluten Tauschwerth. Selbst für den Handelsverkehr waren damit Unzuträglichkeiten verbunden, noch mehr für den gewöhnlichen Verkehr. Ein Ausweg in irgend einer Richtung mußte gefunden werden.

Diejenigen Auskunftsmittel nun, welche unter ähnlichen Verhältnissen die neuere Zeit anwendet: strengere Behandlung der Debitoren, summarischer Prozeß, Pfändung und Schuldhaft, widerstrebten allen Traditionen des römischen Staats- und Rechtslebens. Eher trat das Gegentheil ein: steigende Begünstigung der Schuldner, namentlich unter den Kaisern. Nicht einmal der Handelsstand kam dazu, dem bloßen Forderungsrecht aus dem Kauf für seine Glieder wieder den Charakter uud die wesentlichsten Eigenschaften des absoluten Tauschwerthes aufzudrücken, wie dies dem modernen Kaufmann durch die Creirung des Wechsels zu einem Kaufmanns-Geld gelungen ist. Die Römer hatten eben keinen geschlossenen Handelsstand.

So blieb nur eins übrig: dem Verkäufer, welchen man soeben mittelst Anerkennung der persönlichen Obligation des Käufers auf den Kaufpreis als satisfactio eingefangen hatte, eine Hinterthür zu öffnen, durch welche er wieder entschlüpfen konnte, d. h. ihm ein Mittel an die Hand zu geben, wie er sein dingliches Recht auch da zu wahren im Stande war, wo er sich den Anforderungen des Verkehrs, Hingabe ohne sofortige Bezahlung, nicht zu entziehen vermochte. [1])

[1]) Wie häufig die Römer sich auf derartige Weise zu helfen wußten, wenn der Zug der Zeit etwas erzwang, was mit den her-

Eine ſolche Hinterthür fand ſich bereits vor in dem bei der fiducia längſt gebräuchlichen Nebenvertrag der l. c. Dieſen — welcher dort dazu diente, das erworbene dingliche Recht des fiduciarius gegenüber der geleiſteten fiducia zu ſchützen, im Fall nicht zur beſtimmten Zeit Solution erfolgte — dieſen nahm man zu Hülfe, um das dingliche Recht des Verkäufers gegenüber den weit um ſich greifenden Forderungen und Intereſſen des mobilen Vermögens zu ſichern. Es iſt deshalb nicht zufällig, daß in der ſpätern Kaiſerzeit, als die Subſtanz gegenüber dem Handelswerth wieder mehr in den Vordergrund trat, die l. c. beim Pfand, wo ſie ihre urſprüngliche Bedeutung, das dingliche Recht des Eigenthümers zu wahren, längſt verloren hatte, verboten wurde, während ſie beim Kauf fortwährend in Geltung blieb.

Wir ſehen alſo in der l. c. beim Kauf eine von großen Geſichtspunkten ausgehende Maßregel, einen jener Ausgleiche zwiſchen den beiden einander widerſtreitenden Rechtsſphären, der dinglichen und der obligatoriſchen, wie ſie dem römiſchen Geiſte am meiſten zuſagten.

Ihre Wirkung lag darin, jeden Zweifel über Gewährung oder Nichtgewährung der fides habita als satisfactio zu beſeitigen, das fortdauernde Eigenthumsrecht des Verkäufers auch dem Käufer gegenüber zu conſtatiren, d. h. letzterem die Entgegenſtellung der exceptio rei venditae et traditae im Fall der Vindication unmöglich zu machen, resp. dem Verkäufer eine wirkſame replicatio zu ſichern. [1])

---

gebrachten rechtlichen Anſchauungen nicht vereinbar ſchien — darüber vergleiche man Ihering, G. d. r. R. III. §. 57. 58.

[1]) nam et si *tradiderit possessionem*, fuerit autem *justa causa vindicanti, replicatione adversus exceptionem* utetur. (Fr. 1. §. 5. D. de except. r. v. e. tr. 21, 3.)

Wollte man einwerfen, die Römer hätten daſſelbe mittelſt des precarium erreichen können, ſo würde überſehen, daß dem Verkäufer in der Regel nicht damit gedient geweſen wäre, denn dann hätte er

Bei dieſer Auffaſſung der l. c. erſcheint der Ausſpruch des Hermogenian eben ſo ſelbſtverſtändlich, als alle dagegen von Thibaut, Sell, Vangerow ꝛc. citirten Stellen. Statt daß man, wie Sell meinte, „jeden Ver„einigungsverſuch dieſer Stellen für unzulänglich“ [1]) halten müßte, ergibt ſich im Gegentheil, daß gar kein Widerſpruch vorhanden iſt, denn alle Widerſprüche, welche darin liegen ſollen, trug man mit der Lehre von der Revocabilität des Eigenthums erſt ſelbſt hinein.

Die l. c. wirkt reſolutiv, wie Ulpian ſagt (fr. 1. h. t.). Denn periculum und commodum waren auf den Käufer übergegangen, mit Reſolvirung des Kaufs mußten alſo die Nutzungen zurückgegeben werden.

Der Verkäufer behielt das Eigenthum, weil ihm die l. c. die ungeſchmälerte Geltendmachung deſſelben ſogar dem Käufer gegenüber ſichert, ſo daß Hermogenian nothwendig ein sub l. c. veräußertes Grundſtück als im Eigenthum des Verkäufers befindlich aufzählen mußte.

Aus demſelben Grunde ſteht dem Verkäufer die Vindikation zu, falls er nicht die Klage ex vendito vorzog, und es bedurfte weder einer beſondern Kraft der Reſolutivbedingung, noch einer neuen Theorie über rückfälliges und nicht rückfälliges Eigenthum, um dieſes Recht begreiflich zu finden.

Von allen die l. c. betreffenden Pandekten- und Codexſtellen könnte nur eine einzige Zweifel erregen, dies iſt ein Reſcript Al. Sever's; daſſelbe, welches ſchon Thibaut, freilich aus einem andern Grunde, in Verlegenheit brachte. Es lautet:

> Qui ea lege praedium vendidit, ut, nisi reliquum pretium intra certum tempus restitutum esset, ad

das Perikulum zu tragen gehabt und wie deutlich dieſer Umſtand den römiſchen Juriſten bei Behandlung der l. c. vor Augen ſtand, beweiſt die Erklärung des Pomponius in fr. 2. D. d. l. c (18, 3.)

[1]) Sell a. a. O. S. 198.

se reverteretur; si non precariam possessionem tradidit, rei vindicationem non habet, sed actionem ex vendito (c. 3. C. de pact. i. emt. et vend. 4, 54).

Thibaut, welcher damit die Rückfälligkeit des Eigenthums trotz der l. c. geläugnet sah, wußte sich zuerst nicht anders zu helfen, als daß er

„dies Gesetz als unbestimmtes Rescript nahm und „so auf Fälle anwandte, wo es wahr (!) sein kann“[1]).

Diese nicht gerade sehr befriedigende Auskunft gab er später auf, um sich der Hypothese Zimmern's anzuschließen. Diese legt das Hauptgewicht auf das Wort »ad se reverteretur« und findet, daß mithin das Rescript gar nicht von einer verabredeten Verwirkung des Eigenthums, sondern von einem revertere spreche, also dem Früheren etwas Neues substituirt werden sollte. Aber auch mit dieser Wendung scheint uns der Grundgedanke des Rescripts nicht getroffen worden zu sein. Schon deshalb nicht, weil dem revertere gar nicht die Bedeutung zukommt, etwas Neues an Stelle eines Früheren zu setzen. Revertere bildet gleich redire den Gegensatz von reddere und restituere. Letztere setzen etwas Neues an Stelle des Bestehenden, etwas schon Erworbenes wird zurückgegeben. Jene hingegen bezeichnen eine Umkehr auf dem Wege zu einem neuen Erwerber, also bevor ein neues bindendes Rechtsverhältniß an Stelle des früheren entstanden ist.

Unserer Ansicht nach handelt es sich dabei gar nicht um dieses oder jenes Wort, sondern darum, ob der hier gemachte Vorbehalt als l. c. zu betrachten sei oder nicht. Daß der Verkäufer sub lege commissoria Eigenthümer blieb und bei Nichtzahlung des Kaufpreises am festgesetzten Tage vindiziren konnte, beweisen alle von der l. c. handelnden Stellen. Warum verweigert A. Sever dennoch

[1]) Thibaut Civil. Archiv Bd. XVI. S. 403.

die Vindikation? Nur ein Grund iſt denkbar: weil der Juriſt, welcher das Reſcript redigirte, das Paktum

... nisi reliquum pretium intra certum tempus *restitutum* esset, ad se *reverteretur* .....

nicht als l. c. anerkannte. Und das begreift ſich leicht. Dieſer Nebenvertrag lautete nach dem übereinſtimmenden Zeugniß aller Stellen:

nisi intra certum tempus (diem) *pretium solutum sit*, fundus *inemtus fieret* (*sit*).

So vielfach die Formel auch variirt, überall wo wir ſie als l. c. genannt und anerkannt finden, überall wo ihr die Wirkung beigelegt wird, daß der Verkäufer nach Ablauf der Friſt vindiciren könne, überall da kehren zwei Beſtandtheile unveränderlich wieder: die Bedingung, pretium solutum, und die Wirkung, inemtus sit, inemtus fieret, fundus inemtus fore, inemtae villae essent, sit res inemta u. ſ. w. In dieſem inemtus sit haben wir offenbar das Hauptmerkmal der kaſſatoriſchen Klauſel zu erkennen. So wenig der Stipulationsformel die Worte spondes? spondeo! fehlen durften und noch in der letzten Zeit des römiſchen Reichs die Stipulationsurkunden wenigſtens das stipulatus est und spopondit enthalten mußten, ſo wenig konnte die l. c. das inemtus sit entbehren.[1]) Nicht blos deshalb weil das römiſche Recht und die römiſchen Juriſten ſtreng an dem hergebrachten Zuſchnitt der

[1]) Deshalb finden wir auch die lex der c. 1. C. de pact. i. v. e. e. (4, 54.) nicht als l. c. bezeichnet. Der Vorbehalt: dominium ad te pertineret, weicht eben ſo viel von der geſetzlichen Formel ab, wie das ad se reverteretur in der c. 3. h. t. oder das restitueretur in c. 2. h. t. In allen fehlt das inemtus, in allen fehlt folgerichtig die Bezeichnung als l. c.; ebenſo fehlt die Gewährung der Vindikation. Denn das fides contractus servanda est in c. 1. entſpricht genau dem fides contractus servetur in c. 2. und doch wird hier nur die actio ex vendito oder praescriptis verbis gegeben, wie in c. 3. Erſt die vierte constitutio ſpricht von einer h. z. und eben deshalb auch von einer vindicatio!

Contrakte wie der Klagformeln festhielten, sondern und hauptsächlich, weil die Worte inemtus sit die einzig direkte und unzweideutige Verzichtleistung des Käufers auf die ihm aus dem Kaufvertrag zustehenden Rechte, namentlich die exceptio rei venditae et traditae in sich schloß. Wer von vorn herein einen Kaufvertrag unter gewissen Umständen als nicht vorhanden anerkannte, durfte dem vindicirenden Eigenthümer nicht eine Einrede entgegenwerfen, die nur auf dem verleugneten Kaufvertrage basirte!

So erscheint die Entscheidung des kaiserlichen Rescriptes durchaus folgerichtig. In dem Vorbehalt ad se reverteretur lag kein ausdrücklicher Verzicht des Käufers auf den Kauf und die ihm daraus zustehenden Rechte, er war folglich immer befugt, sich der exceptio r. v. et tr. dem Eigenthümer gegenüber zu bedienen.

Wir begegnen dieser Bedeutung und Verwendung des inemtus sit beim Kauf noch in andern Nebenverträgen. Auch beim pactum displicentiae lautete der Vorbehalt si displicuerit — inemtus sit: diesmal zu Gunsten des Käufers, welcher auf Grund desselben wie bei der redhibitoria actio verlangen konnte:

> Facta redhibitione omnia in integrum restituuntur, perinde ac si neque emtio, neque venditio intercessit (fr. 60. D. de aed. ed. 21. 1.).

In diesem Falle hatte sich der Verkäufer verpflichtet, auf alle seine Rechte aus dem Kauf zu verzichten. Er mußte die Waare zurücknehmen und den Preis restituiren, auch wenn er sich zur Erlegung des Interesse erboten hätte.

Das fragliche Rescript steht also nicht im Widerspruche mit unserer Auffassung der l. c. Im Gegentheil bestätigt es indirekt die Richtigkeit derselben,

Der Nebenvertrag in diem addictio.

§. 7. Die wichtigſten hieher gehörigen Citate ſind folgende:

Ulpianus: Si quis hac lege emerit, ut si alius meliorem conditionem attulerit, recedatur ab emtione, *post allatam conditionem jam non potest in rem actione uti.* Sed et si cui in diem addictus sit fundus, *antequam adjectio sit facta, uti in rem actione potest, postea non poterit.*

(Fr. 41. D. de R. V. 6, 1.)

Ulpianus: Sed et Marcellus lib. 5. Dig. scribit, pure vendito et in diem addicto fundo, si melior conditio allata sit, rem pignori esse desinere, si emtor eum fundum pignori dedisset. Ex quo colligitur, *quod emtor medio tempore dominus esset*, alioquin nec pignus teneret.

(Fr. 4. §. 3. D. de in d. a. 18, 2.)

Nach Thibaut, dem Hauptkämpfer für die Revocabilität des Eigenthums, deſſen Argumente in der Hauptſache von allen Späteren wiederholt werden, nach Thibaut „verliert der Käufer das Eigenthum ſofort mit dem „erfolgten höheren Nachgebot, ohne daß dazu noch eine „Auslieferung der Sache an den Verkäufer gefordert wird. „Alſo fällt das Eigenthum von ſelbſt an den Verkäufer „zurück, wenn man nicht annehmen will, der Käufer verliere „mit der addictio (muß heißen adjectio) zwar das „Eigenthum, aber der Verkäufer erwerbe es damit nicht „zurück und die Sache bleibe mithin als res nullius in „der Luft hängen, zu welchem absurdo ſich doch wohl Niemand im Ernſt entſchließen wird.“ [1])

Daß eine res, die ſich vorher und nachher im Eigenthum befindet und nie verloren gegangen iſt, in der Zwiſchenzeit einmal als res nullius in der Luft hängen bleiben

[1]) Thibaut a. a. O. S. 411.

könnte, das wäre allerdings eine absurde Annahme. Aber wir haben zwei Personen, die mittlerweile Eigenthümer sein können: den Verkäufer und den Käufer. Thibaut's ganze Schlußreihe ruht auf der Annahme, daß der letztere Eigenthümer war und später ein anderer als solcher erscheint. Wie nun, wenn eben diese Basis der Schlußfolgerung unhaltbar ist, wenn der Käufer gar nicht Eigenthümer geworden wäre. Bedürfte es dann auch eines ipso jure Rückfalls?

Wir sehen, dieselbe Voraussetzung, der wir schon bei der lex commissoria begegneten und als falsch erkannten, dient auch bei der in diem addictio den Vertheidigern der Revocabilität als Stützpunkt. Aber auch hier widerspricht Hermogenian entschieden. Er sagt in der schon im vorigen Paragraphen angezogenen Stelle:

> Cujus ususfructus alienus est, in *dominio* proprietarii *connumeratur* .... sub lege commissoria distracti, *item ad diem addicti in venditoris.*
>
> (Fr. 38. §. 2. D. ad leg. Falc. 35, 2.)

Demnach stünden sich bei diesem Nebenvertrag zwei einander direkt widersprechende Zeugnisse entgegen. Welches verdient den Vorzug? Wohl nur dasjenige, dem die stärksten innern Gründe zur Seite stehen.

Wir müssen deshalb Wesen und Bedeutung des fraglichen Vorbehalts genauer kennen lernen. Den Wortlaut theilt Paulus in seinem Commentar zu Sabinus mit:

> In diem addictio ita fit: ille fundus centum esto tibi emtus, nisi si quis intra Kalendas Januarias proximas meliorem conditionem fecerit, quo res a domino abeat. (Fr. 1. D. de in d. a. 18, 2.)

Der Verkauf in diem war demzufolge ein bedingtes Rechtsgeschäft, dessen Schicksal davon abhing, ob bis zu einem bestimmten Tage ein höheres oder besseres Gebot erfolgte oder nicht. Geschah jenes, so stand es dem ersten Bieter frei, das Mehrgebot selbst zu bewilligen. Dann

gebührte ihm der Vorzug. Andernfalls durfte der Verkäufer das Kaufobjekt dem zweiten Bieter unbedingt zuschlagen.

Die nächste Frage, welche sich dabei den römischen Juristen aufdrängte, war die: ob der Vorbehalt als Suspensivbedingung aufzufassen sei oder als Resolutivbedingung, denn davon hing die Entscheidung über die Perfektion des Vertrags ab.

Wie wir von Ulpian und Paulus vernehmen, bestand darüber keine feste Norm. Bald wurde suspensiv, bald resolutiv contrahirt. Ulpian sagt deshalb:

mihi videtur verius, interesse, quid actum sit.
(Fr. 2. h. t.)

Dieses Schwanken ist sehr erklärlich. Streng genommen wirkt der Vorbehalt suspensiv, denn die erste Bedingung des perfekten Kaufvertrags, das certum pretium, fehlt. Der Vorbehalt des Nachgebots stellt das pretium dem zufälligen Belieben eines noch unbekannten Dritten anheim. Aus diesem Grunde würde es bei den Römern wahrscheinlich gar nicht zu einem Zweifel gekommen sein, — so wenig als die heutigen Versteigerungen Anlaß zu Streitigkeiten geben — wenn nicht bei ihnen ein fremdes Element hinzugetreten wäre, nämlich der Umstand, daß lange Zeit die meisten Versteigerungen von Staatswegen angeordnet wurden, Beutestücke, confiscirte Güter, öffentliche Aecker u. dergl. betrafen. Da nun die Römer zur Zeit der Republik keine Verwaltung für Staatsrechnung kannten, so überließen sie die versteigerten Gegenstände in der Regel sofort dem ersten Bieter gegen Caution mit dem Vorbehalt, innerhalb der gesetzlichen Fristen, der tempora adjectionibus [1]), noch ein anderweit gemachtes Mehrgebot annehmen und die res gültig verkaufen zu können.

---

[1]) . . . . Tempora enim adjectionibus praestituta ad causas fisci pertinent nisi si qua civitas propriam legem habeat (c. 1. C. de vend. reb. civ. 11, 31.)

Daran knüpfte sich von selbst eine zweite Frage. Wurde das erste Gebot binnen der gesetzten Frist durch ein Nachgebot resolvirt, so mußte der erste Bieter das Kaufobjekt zurückgeben. Wer aber hatte das Anrecht auf die mittlerweile gezogenen Früchte? Nach der herrschenden Meinung fielen sie dem Verkäufer zu und ein Reskript des Kaisers Sever verordnete dies ausdrücklich. Dies war auch dann Regel, wenn der erste Bieter das eingelegte Mehrgebot seinerseits bewilligte und nun das Grundstück definitiv zugeschlagen erhielt, denn er wurde erst durch das zweite Gebot, welches das certum pretium fixirte, Käufer.

Wie kann demnach der erste Bieter als Eigenthümer angesehen worden sein, wenn er sogar in dem Falle, daß er durch Bewilligung und Zahlung des Nachgebots wirklich Eigenthümer wurde, die mittlerweile gezogenen Früchte herausgeben mußte? Ein Eigenthümer ohne Anrecht auf die Nutzungen des selbst bebauten Grundstücks ist gewiß eine seltsame Erscheinung in einem Rechte, welches schon dem bonae fidei possessor die Früchte überläßt!

Außer diesen beiden Fragen erhob sich zuweilen noch eine dritte, dann nämlich, wenn der erste Bieter die ihm tradirte res oder das Grundstück verpfändet oder mit Servituten beschwert hatte. Alle derartigen Zwischenverfügungen erklären die Quellen für ungültig, außer wenn der erste Bieter nachträglich Käufer und Eigenthümer wird.

Die Eigenthumsfrage selbst gab, wie wir aus dem Stillschweigen der Quellen entnehmen müssen, keinen Anlaß zu Controversen. Wir unsererseits finden dies Schweigen ganz natürlich. Von welcher Seite man diesen Vorbehalt auch ansehen mochte, welche Wirkung man hineinlegen wollte: darüber konnte man keinen Augenblick im Zweifel sein, daß der erste Bieter medio tempore nicht als dominus im Sinne des römischen Rechts anzusehen war; er, welcher bei jedem Mehrgebot darauf eingehen mußte oder bei Seite geschoben wurde; welcher die selbstgebauten Früchte und

ſonſtige Nutzungen auch dann zu reſtituiren hatte, wenn er ſich zur Zahlung der nachgebotenen Summe entſchloß; deſſen Verfügungen über die Sache ebenſo kraftlos waren, wie die jeder andern fremden Perſon, falls er nicht nachträglich definitiv Erwerber wurde.

Das erſte, was die Vertheidiger der ipso jure Rückfälligkeit des Eigenthums zu beweiſen hätten, bevor ſie Stellen über die in diem addictio zu Gunſten ihrer Theorie auslegen dürften, wäre alſo nicht der Rückfall des Eigenthums an den Verkäufer, ſondern der Anfall an den erſten Bieter. Darauf ſind aber weder Thibaut, Müller und Sell, noch ihre Nachfolger ernſtlich eingetreten. Alle haben das unbekannte, erſt zu ſuchende x als eine bekannte Größe in Rechnung gebracht. Was zu beweiſen war, ſetzen ſie als bewieſen voraus. Oder müſſen wir Thibaut's Hinweis auf den Ausſpruch des Paulus in dem oben mitgetheilten Fragment 1. des Titels de in d. a. und ſeine Behauptung als unumſtößlichen Beweis gelten laſſen:

„das dort am Schluſſe ſtehende quo res a domino „abeat beſeitige jeden Zweifel, weil es, an allata „melior conditio angereiht, nur darauf gehen könne, „daß damit der Käufer das Eigenthum wieder „verlieren ſolle"? [1])

Thibaut darf ſich bei dieſer Auslegung allerdings auf gewichtige Vormänner ſtützen. Sie findet ſich ſchon bei Accurſius und iſt aus der Gloſſe in die Werke der bedeutendſten Juriſten des Mittelalters wie der folgenden Jahrhunderte übergegangen. Trotzdem bleibt die Interpretation eine willkürliche und gewaltſame. Paulus ſagt in der betreffenden Stelle nur, daß mit Einlegung des Nachgebots der bisherige Eigenthümer aufhöre dies zu ſein. Wer aber bis dahin Eigenthümer war, ob der Verkäufer

---

[1]) Thibaut a. a. O. S. 414.

oder der Käufer, das ſetzt er als bekannt voraus und gibt nicht die geringſte nähere Andeutung. Das abeat a domino kann deshalb eben ſo gut auf den Verkäufer gehen, wie auf den Käufer. Ja wir ſind, ganz abgeſehen von den früheren Ausführungen, durch die Stelle ſelbſt berechtigt, eher das Gegentheil deſſen anzunehmen, was Thibaut herauslas. Denn Paulus würde ſich einer ungenauen Ausdrucksweiſe ſchuldig gemacht haben, wenn er das abeat auf den erſten Käufer reſp. Bieter bezog und ſagen wollte, dieſer verliere ſein Eigenthum mit Einlegung eines Nachgebots. Der erſte Bieter konnte ja das Nachgebot ſelbſt bewilligen und gerade dann wurde er ganz unzweifelhaft Eigenthümer. Alſo raubte ihm das Nachgebot an und für ſich gar nichts. Erſt mußte er davon in Kenntniß geſetzt werden und dann hing es von ſeinem Belieben ab, die res zu erwerben oder dem Andern zu überlaſſen. Will man ſich alſo nicht zu dem noch größeren Abſurdum entſchließen — gegenüber jener in der Luft hängenden res nullius — der in diem addictio folgendes Fangballſpiel mit dominium zuzuſchreiben, 1. Wurf: Zuſchlag und Uebergang des dominium auf den erſten Bieter; 2. Wurf: Einlegung eines Nachgebots und Rückfall an den früheren Eigenthümer; 3. Wurf: Bewilligung des Nachgebots ſeitens des erſten Bieters und Rückfall an ihn — ſo konnte das abeat a domino gar nicht auf den Käufer gehen, wohl aber auf den Verkäufer, denn dieſer verlor das Eigenthum ganz ſicher, entweder an den Einen oder den Andern.

Auch der ſonſtige Sprachgebrauch des Paulus entſcheidet gegen Thibaut und ſeine Vorgänger. Den ſtreitigen Ausdruck abire finden wir noch einmal in dem Fragment:

> Non ideo minus recte quid nostrum esse vindicabimus, quod *abire* a nobis dominium speratur, si conditio legati vel libertatis extiterit.
>
> (Fr. 66. D. de R. V. 6, 1.)

und zwar finden wir ihn unter nahezu denselben Verhältnissen angewandt. Dort wie hier schwebte eine Bedingung, deren Eintritt über den Anfall der res an einen Andern entschied. Nun hat im letzten Falle Paulus ganz unzweifelhaft eine res im Sinne, die sich nicht im Besitze ihres Eigenthümers befand, denn er spricht von Vindikation derselben. Der Eintritt der Bedingung würde den bloßen Wechsel des Eigenthumsrechts, des nudum dominium, zur Folge haben. Abire dominium bedeutet hier also im Gegensatz zu dare, bei welchem Besitz und Recht übertragen werden, den Verlust des Rechts ohne Besitz. Die res selbst befand sich bereits in andern Händen.

Will man nun nicht annehmen, daß Paulus einen und denselben Ausdruck an zwei Orten, obgleich unter nahezu denselben Verhältnissen, in verschiedener, ja fast entgegengesetzter Bedeutung braucht, so sind wir zu der Folgerung genöthigt, daß er auch in der Erklärung der Addiktionsformel eine res meint, deren Eigenthümer nicht mehr im Besitze derselben war, so daß nur das Recht, das nudum dominium, verloren ging. Dies paßt aber wieder nur dann, wenn der Verkäufer Eigenthümer blieb und Paulus ihn mit dem dominus meinte, dem das Eigenthumsrecht entging, denn die res befand sich in der Regel in der Hand des ersten Bieters.

Das Alles ist so einleuchtend, daß es sicherlich weder Thibaut, noch den Glossatoren und den späteren Juristen entgangen wäre, wenn sie nicht sämmtlich befangen gewesen wären durch eine falsche Auffassung des römischen Kaufs. Während das römische Recht den Eigenthumsübergang beim Kauf von der Solution resp. Satisfaktion abhängig macht und diese überall als selbstverständlich voraussetzt, wo von Erwerb des Eigenthums durch den Käufer die Rede ist, hat in der Doktrin seit den Glossatoren der Glaube Eingang gefunden, schon die bloße Perfektion des Kaufvertrags mit nachfolgender Tradition verschaffe Eigen-

thum. Da nun trotz des Vorbehalts der in diem addictio das Geschäft von den römischen Juristen als pura venditio aufgefaßt wurde, weil hierbei gewohnheitsmäßig Tradition erfolgte und der erste Bieter gleichzeitig Nutzen und Schaden übernahm — vorbehaltlich Rückerstattung der Früchte, wem er abgeboten wurde — so schienen hier alle Requisite des Eigenthumsüberganges vorhanden zu sein.

Duarenus spricht dies ganz offen aus:

> Quod si sit pura venditio, emptor fructus lucratur et dominium ejus acquirit.
>
> (Opera omnia III. de in d. a.)

Ebenso Donellus (Comment. de jur. civ. IV. lib. 16. cap. 18.) und Andere. Statt mit den römischen Juristen die solutio resp. satisfactio zum Kriterium des Eigenthumsübergangs zu machen, schlugen sie den umgekehrten Weg ein und kamen damit natürlich weit vom Ziele ab.

Der Anfall des Eigenthums an den ersten Bieter bei in diem addictio ist also nichts weniger als bewiesen. Man glaubte ihn voraussetzen zu müssen, weil die Quellen dabei von pura venditio und Uebernahme des periculum sprechen und dies für ein untrügliches Zeichen des Eigenthumswechsels galt. Jener Voraussetzung entsprang die gezwungene Interpretation des Ausdrucks a domino abeat. Nur so glaubte man einen Widerspruch zwischen dem vermeintlichen Prinzip des römischen Rechts und der Erklärung des Paulus vermeiden zu können.

Und doch trat dieser Widerspruch in andern Stellen noch offener hervor. Hermogenian findet es ganz unnöthig, seinen Ausspruch ad diem addicti in dominio venditoris communeratur zu motiviren. Paulus spricht anderwärts eben so unbefangen von dem Verkäufer als dominus, als wenn sich das von selbst verstünde. Auffallenderweise finden wir die betreffende Stelle nirgends erwähnt. Es ist fr. 50 D. de jure fisci 49, 14

Paulus entwickelt daſelbſt in einer durchaus zwingenden Schlußfolgerung den Satz:

Wenn der Käufer erſten Bots ein Nachgebot zu dem ſeinigen macht, ſo gehören die medio tempore gezogenen Früchte dem Verkäufer. Nur in dem Falle erleidet das eine Aenderung und Ausnahme, wenn die in diem addictio und der ſpätere definitive Zuſchlag in die Zeit zwiſchen zwei Ernten fallen. Dann hat es billiger geſchienen, daß der Käufer die bevorſtehende Ernte einthue. Befand ſich aber das Grundſtück mittlerweile in den Händen eines Colonen — in der ſpäteren Kaiſerzeit bei Fiskaläckern die Regel — ſo hielten es Papinian und Meſſius für ungerecht, dieſem die Früchte zu entziehen. Deshalb ſolle der Colonus die Ernte erhalten — damit entging der Fiskus auch einer Entſchädigungsklage deſſelben — während der Käufer mit dem Pachtſchilling zufrieden ſein müſſe. Nach dem Vorgang von Papinian und Meſſius gab nun auch Paulus ſeine Meinung dahin ab: wenn in einem ſolchen Falle — Erſtgebot, Nachgebot und definitiver Zuſchlag an den erſten Bieter vor der Ernte geſchehend — das Grundſtück vom Eigenthümer bebaut worden wäre — quod quidem domino colerentur — ſo ſollten die Früchte dem Käufer gehören — emtorem universos fructus habere — werde es aber von einem Pächter bewirthſchaftet, ſo müſſe der Käufer mit dem Pachtſchilling vorlieb nehmen. [1])

[1]) Paulus: Valerius Patronius procurator Imperatoris Flavio Stalticio praedia certo pretio addixerat; deinde facta licitatione idem Stalticius recepta ea licitatione obtinuerat, et in vacuam possessionem inductus erat; de fructibus medio tempore perceptis quaerebatur; Patronius fisci esse volebat. Plane si medio tempore inter primam licitationem, et sequentem adjectionem percepti fuissent, ad venditorem pertinere; sicut solet dici, quum in diem addictio facta est; nec moveri debemus, quod idem fuisset, cui et primo addicta fuerant praedia. Sed quum utraque addictio intra tempus vindemiarum facta fuisset, recessum est

Eigenthümer und Käufer werden hier von Paulus so scharf geschieden, daß eine Verwechslung unmöglich ist. Die ausdrückliche Hinweisung auf die Regel, daß dem Verkäufer bei definitivem Zuschlag an den ersten Bieter die Früchte gehören, die Motivirung der hier beliebten Ausnahme durch den Zeitpunkt, in welchem der letzte Zuschlag erfolgte, alles das läßt den Gedanken nicht aufkommen, daß hier etwa keine pura venditio vorläge. Bei suspensiv bedingtem Kauf war diese lange Auseinandersetzung und Motivirung durchaus überflüssig, denn da hätte die Frage nach den Früchten gar nicht auftauchen können!

Dies ist übrigens nicht die einzige Stelle, in welcher Paulus den Verkäufer als Eigenthümer behandelt. In Fr. 2. §. 1. de in d. a. referirt Ulpian den Ausspruch Julians:

> hunc, cui res in diem addicta est, et usucapere posse, et fructus et accessiones lucrari, et *periculum ad eum pertinere*, si res interierit.

Was erschiene selbstverständlicher, als Tragung der Gefahr durch den Käufer in diem, wenn ihn die römischen Juristen nicht bloß als Besitzer, sondern auch als Eigenthümer angesehen hätten? Und doch hebt das folgende Fragment von Paulus einen ganz andern Gesichtspunkt hervor:

> quoniam post interitum rei jam nec afferri possit melior conditio.

Wozu diese Motivirung, wenn die andere Regel: res perit domino Platz gegriffen hätte?

---

ab hoc tractatu; itaque placebat, fructus emtoris esse. Papinianus et Messius novam sententiam induxerunt, quia sub colono erant praedia, iniquum esse fructus ei auferri universos; sed colonum quidem percipere eos debere, emtorem vero pensionem ejus anni accepturum, ne fiscus colono teneretur, quod ei frui non licuisset, atque si hoc ipsum in emendo convenisset; pronuntiavit tamen secundum illorum opinionem, quod quidem *domino colerentur*, universos fructus habere, *si vero sub colono*, pensionem accipere. (Fr. 50. D. de jure fisci. 49, 14.)

Wie Paulus ſo läßt auch Ulpian mehrfach durchblicken, daß er den erſten Bieter nicht als Eigenthümer beurtheilte. An zwei Orten theilt er mit, daß Julianus demſelben das Interdikt quod vi aut clam bewillige und dies damit rechtfertige: nam hoc interdictum eum competit, *cujus interest* opus non esse factum (Fr. 4. §. 4. D. de in d. a. 18, 2).[1])

Wenn Ulpian den Käufer als dominus betrachtet hätte, ſo würde er dieſe Rechtfertigung ſchwerlich am Platze gefunden haben. Beim dominus verſtand ſich das Interdikt von ſelbſt. Nun hebt aber Ulpian dieſen Gegenſatz in demſelben Fragment noch ausdrücklich hervor, indem er ſagt:

> Idem Julianus scribit: Interdictum hoc non solum domino praedii, sed etiam his, quorum interest, opus factum non esse, competere.
>
> (Fr. 11. §. 14. D. quod vi aut clam 43, 24.)

Hier haben wir den Grundſatz, in den vorhergehenden Paragraphen die Beiſpiele. Und da iſt noch etwas bemerkenswerth. In §. 12. beſpricht Ulpian die Arten, wie der erſte Bieter beſitzen könne, auch die als Prekariſt und als Pächter, und entſcheidet in jedem einzelnen Falle über die Zuſtändigkeit des Interdikts. Warum prekärer Beſitz und Verpachtung? Und warum nirgends eine Andeutung, daß ihm ſchon an und für ſich als Eigenthümer das Interdikt gebühre?

Ferner: wenn der erſte Bieter Eigenthümer geweſen wäre, wie kommt es, daß Ulpian in den Fragmenten des Titels de operis novi nuntiatione bei der Aufzählung derjenigen, welche zu der operis novi nuntiatio berechtigt waren, Eigenthümer, Erbpächter, Pfandgläubiger, Superficiare, Uſufruktuare, Servituteninhaber, kurz alle diejenigen, denen ein dingliches Recht an einem Grund-

[1]) Ebenſo in fr. 11. §. 10. D. quod vi aut clam. 43, 24.

stück zukam, anscheinend vollständig aufzählt und daß doch der Käufer in diem nicht darunter ist? Der Einwand, er habe ihn eben unter den Eigenthümern mit verstanden, kann ernstlich nicht gemacht werden, denn seine detaillirte Behandlung der in diem addictio beim Interdikt quod vi aut clam beweist unwiderleglich, daß ihm „Käufer in diem" und „dominus" nicht ohne weiteres für synonyme Begriffe galten.

Und da wäre es doch ein merkwürdiger Zufall, wenn Ulpian den Käufer in diem medio tempore für den Eigenthümer gehalten und ihm nun gerade dort eine eingehende Darstellung gewidmet hätte, wo es gar nicht auf dingliche Rechte, sondern nur auf das Interesse ankam, wie beim Interdikt quod vi aut clam, während er seiner dort, wo nur das dingliche Recht über die Zuständigkeit des Einspruchs entschied, ganz vergaß!

Dieselbe Erscheinung wiederholt sich bei der Besprechung der Usucapionsberechtigung. Daß der bona fide Käufer, welcher als solcher regelmäßig Eigenthümer wurde, sobald Solution resp. Satisfaktion erfolgt war, in dem Fall usucapiren konnte, wenn ihm der Verkäufer eine res aliena tradirt hatte, das zu erörtern nahm sich kein Jurist die Mühe, dafür war das Edikt da. Und doch weist Ulpian mit Berufung ein Mal auf Julianus, ein anderes Mal auf Pomponius, besonders darauf hin, daß dem Käufer in diem gestattet werde, zu usucapiren! Ergibt sich aus alledem nicht zur Evidenz, daß weder Paulus noch Ulpian beim Kaufe in diem einen Uebergang des Eigenthums annahmen?

Wir wenden uns nun zu den für die gegentheilige Behauptung vorgeführten Belegstellen. Was das erste der im Eingang abgedruckten beiden Fragmente Ulpian's betrifft (Fr. 41. D. de R. V. 6, 1), so beruht die angeb-

liche Beweiskraft desselben auf zwei Hypothesen. Weder von dinglicher Rückwirkung einer Bedingung, noch von Rückfall des Eigenthums wird ein Wort gesagt. Ulpian erklärt darin blos, daß dem ersten Bieter nur so lange eine in rem actio (zur Wiedererlangung des etwa verlorenen Besitzes) gegeben werde, als kein Nachgebot eingelegt worden sei. Darauf einen Schluß auf den Rückfall des Eigenthums im Moment eines Nachgebots durch einen Dritten zu bauen, ist nur dann statthaft, wenn vorher zweierlei feststeht:

1) Uebergang des Eigenthums auf den Käufer in diem;

2) ausschließliche Ertheilung der in rem actio an den Eigenthümer, den dominus im Sinne des römischen Rechts.

Die erste Voraussetzung trifft nicht zu, das glauben wir erwiesen zu haben. Die zweite hält eben so wenig eine genauere Prüfung aus.

Die in rem actio war ursprünglich die individuelle Bezeichnung der Eigenthumsklage, wie die in personam actio die generische Bezeichnung aller übrigen Klagen überhaupt. Aber, wie dies schon längst von Savigny selbst ausführlich dargestellt worden ist,[1]) das Bedürfniß führte allmälig dahin, die petitoria formula auch auf andere Rechte anzuwenden. Dies geschah theils mittelst Ausdehnung ihrer Anwendung auf sog. res incorporales, theils als utilis actio, indem da ein Eigenthum fingirt wurde, wo in Wirklichkeit keins vorhanden war. Auf diese Weise wurde auch der Ausdruck in rem actio ein generischer! Im Zeitalter der Severe erscheint die Gewährung der in rem actio als utilis actio bei fingirtem Eigenthum gar nicht selten. Die Praxis war offenbar sehr mild bei Ertheilung derartiger Klagen. Paulus gesteht sie dem Erbpächter gegen dritte Personen zu, wobei er ausdrücklich hervorhebt, daß jener nicht als Eigenthümer anzusehen

[1]) Savigny, System V. §. 209.

sei.[1]) Sogar dem Pächter eines gewöhnlichen städtischen Grundstücks, wie auch dem Superficiar, gibt er sie.[2]) Sind diese damit Eigenthümer geworden? Eben so gut könnte man heute darauf, daß das preußische Landrecht dem Pacht- und Miethverhältniß in gewissen Beziehungen dingliche Kraft verleiht, den Schluß bauen, das preußische Landrecht erkenne die Pächter und Miether für die Dauer des Verhältnisses als Eigenthümer an. Zum Ueberfluß haben wir den ausdrücklich verneinenden Ausspruch des Paulus. Werden wir aber nicht durch die Thatsache, daß zu Ulpian's Zeiten Pächtern und Superficiaren analoge dingliche Klagen zustanden, zu der Folgerung genöthigt, es handle sich auch in dem Fragment, welches uns beschäftigt, nur um eine solche analoge Klage, bei welcher aus Billigkeitsrücksichten da ein Eigenthum fingirt wurde, wo in Wirklichkeit keins vorhanden war? Diese Rücksicht war gewiß dem Käufer in diem gegenüber, welcher das periculum zu tragen hatte, mindestens eben so sehr am Platze, wie dem Pächter gegenüber! Und weist nicht auch schon ein rein äußerlicher Umstand darauf hin? Alle die rei vindicatio und Publiciana behandelnden Stellen Ulpian's sind dem 16. Buche seines Ediktcommentars entnommen, während Fragment 41, welches dem Käufer in diem eine in rem actio zugesteht, die Bezeichnung libro XVII. ad Edictum trägt. Demselben 17. Buche sind nun aber außer den Fragmenten, welche die in rem actiones de servitutibus (auch wohl de usufructu, s. Anm. 1. S. 67) behandeln, eine Anzahl überall verstreuter Stellen entlehnt, in welchen eine utilis in rem actio gegeben wird, z. B. in Fr. 77. D. de R. V. (6, 1) dem Beschenkten, in Fr. 73. h. t. dem Superficiar, in Fr. 29. D. de mort. c. don. (39, 6.) dem mortis causa Beschenkten, in Fr. 2. D. si ager vect.

---

[1]) Fr. 1. §. D. si ager vect. (6, 3.)

[2]) Fr. 3. D. eod. Fr. 16. §. 2. D. de pign. act. (13, 7.)

(6, 3) dem Pächter.[1]) Fast erscheint die Vermuthung gerechtfertigt, daß, wie Ulpian im 16. Buche seines Edictcommentars die rei vindicatio und Publiciana, und im 171. Buche das Interdikt quod vi aut clam u. s. w. im Zusammenhang behandelte, er im 17. Buche alle Fälle erörterte, wo zu seiner Zeit utiles in rem actiones gegeben wurden. — Genug, so viel dürfte sich aus dem Vorstehenden unwiderleglich ergeben haben, daß zur Zeit Ulpian's in rem actiones nicht blos dem dominus zustanden.

Was bleibt aber von der angeblichen Beweiskraft der Erklärung Ulpian's für die ipso jure Rückfälligkeit des Eigenthums übrig, wenn die beiden unerläßlichen Voraussetzungen dieser Beweiskraft in nichts zerfallen?

Die zweite der im Eingang mitgetheilten Stellen droht allerdings alle die bisher vorgeführten, in ihrer Gesammtheit wohl überzeugenden, Argumente zu entkräften. Ulpian spricht da mit nackten Worten das Gegentheil dessen aus, was aus zahlreichen direkten und indirekten Aeußerungen der Zeitgenossen Ulpian's, des späteren Hermogenian, ja wir dürfen wohl sagen Ulpian's selbst, hervorzugehen schien. Da stehen wir vor dem Dilemma: entweder haben alle jene Recht und Ulpian Unrecht oder umgekehrt. Aber selbst damit ist die Schwierigkeit noch nicht gehoben. Wir haben gesehen, daß Ulpian sich vielfach im Sinne jener erklärt. Er befindet sich demnach mit sich selbst im Widerspruche. Das nun ist wieder bei Ulpian kaum glaublich. Wie ist da zu helfen? Daß es in den Pandekten und aus leicht begreiflichen Gründen nicht an Interpolationen, Verstellungen und an corrumpirten Stellen fehlt, steht fest. Wo ein unlösbarer Widerspruch,

[1]) Gewöhnlich steht bei diesem Fragment libro XVII. »ad. Sabinum«. Schon Holoander emendirte: »ad Edictum.« Ebenso bei den Ulpianschen Fragmenten des Titels de usufructu (7, 1.)

nicht zwischen verschiedenen Schriftstellern, sondern zwischen den Aussprüchen eines und desselben Juristen vorliegt, müssen wir eine Corrumpirung des Textes voraussetzen. Aber welcher Stelle und welchen Ausspruches? Uns scheint desjenigen, welcher einzig und allein unvereinbar ist mit zahlreichen andern, in sich zusammenhängenden und übereinstimmenden Sätzen.

Betrachten wir deshalb die fragliche Stelle etwas näher. Ulpian referirt eine Aeußerung Marcell's, dahin gehend, daß ein von dem Käufer in diem medio tempore verpfändetes Grundstück aufhöre Pfand zu sein — rem pignori esse desinere — sobald sein Gebot durch ein Nachgebot resolvirt werde. Daran schließt sich der Satz: ex quo colligitur, quod emtor medio tempore dominus esset, alioquin nec pignus teneret. — Daraus gehe hervor, daß jener mittlerweile Eigenthümer gewesen sei.

Diese Schlußfolgerung erscheint an und für sich verdächtig. Wir finden nirgends eine Andeutung, daß über das Eigenthumsverhältniß bei der in diem addictio Zweifel geherrscht hätten. Und wir dürfen sicher sein, daß wenn überhaupt die Eigenthumsfrage bei den so außerordentlich häufigen Verkäufen in diem zu Streitigkeiten Veranlassung gegeben hätte, diese Controverse längst durch ein Senatus Consultum, ein prätorisches Edikt oder eine kaiserliche Constitution entschieden worden wäre.

Zu diesem äußeren Grunde gesellt sich noch ein sehr gewichtiger innerer. Die beiden Hälften des Fragments sind logisch unvereinbar.

Im ersten Theile wiederholt Ulpian einen Ausspruch Marcell's, nach welchem das verpfändete Grundstück mit Resolvirung des ersten Kaufs aufhöre Pfand zu sein: rem pignori esse desinere.

Daraus soll, dem zweiten Theil zufolge, hervorgehen, daß der Käufer mittlerweile Eigenthümer gewesen sei,

ſonſt wäre das Pfandrecht nicht beſtehen geblieben:

nec pignus teneret.

Das kann kein römiſcher Juriſt, am wenigſten Ulpian, in dieſem Zuſammenhange geſchrieben haben. Es iſt geradezu unmöglich, daß dieſer in einem und demſelben Athem das Erlöſchen eines Pfandrechts ausſprechen und dann einen Schluß darauf bauen konnte, daß es nicht erloſchen ſei!

Dieſer Widerſpruch iſt auch nicht ganz unbemerkt geblieben und ohne die Lehre von der Revocabilität des Eigenthums würde derſelbe längſt die ſchärfſte Kritik herausgefordert haben. So aber mußte gerade dieſe Stelle den Vertheidigern jener Lehre zur willkommenen Stütze dienen. Den offen vor allen Augen liegenden Widerſpruch ſuchte man ſo gut es gehen wollte zu verdecken.

Das zu dieſem Zwecke von Thibaut wie von Vangerow vorgebrachte Argument lautet:

„Die Beendigung des Pfandrechts ſetzt deſſen frühere Exiſtenz voraus; dieſe Exiſtenz rechtfertigt aber allerdings einen Schluß auf das Eigenthum des Beſtellers.“ [1])

Als ob nur der Eigenthümer einer Sache dieſelbe veräußern, mit Servituten belaſten, ſie verpfänden könne! Als ob in der Vornahme ſolcher Handlungen eine Präſumtion für die Berechtigung des Betreffenden läge! Uns ſcheint, das römiſche Recht hält ſtreng aus einander die faktiſche Seite eines Geſchäfts und die rechtliche Wirkung deſſelben. Veräußern, verpfänden u. ſ. w. kann natürlich jeder; es fragt ſich nur, ob er dazu berechtigt war, und das erkennen wir daran, ob dem Geſchäft Rechtskraft beigelegt wird oder nicht. Iſt das Geſchäft ungültig, ſo iſt ein Schluß darauf geſtattet, daß der Handelnde kein Recht dazu beſaß, nicht aber umgekehrt.

---

[1]) Vangerow a. a. O. §. 96.

Im vorliegenden Falle nun ist selbst der Trugschluß unanwendbar, welcher in dem Argument liegt. Denn die Stelle sagt nicht:

„Daraus, daß das Pfandrecht erlösche, folge, daß der Käufer in diem mittlerweile Eigenthümer gewesen sei, weil er sonst die *res* nicht habe verpfänden können,"

sondern sie sagt:

„daß er Eigenthümer gewesen sei, folge daraus, daß das Pfandrecht bestehen bleibe."

Und doch soll es vorher erloschen sein!

Das teneret im Gegensatz zu desinere ist das Mal, welches die Unächtheit der Stelle bezeugt. Thibaut u. A. scheinen diesem teneret keine andere Bedeutung beizulegen, als dem pignori dare, obligare u. s. w. Von Scävola bis Justinian heißt aber pignori dare ein Pfand geben, tenere dagegen bedeutet, gleich valere, das zu Recht bestehen, die Gültigkeit der Verpfändung.

Ersteres kann, wie schon bemerkt, jeder Nichtberechtigte: der filiusfamilias z. B., welcher Theile des peculium für Andere verpfändet, oder der Sklave:

si filiusfamilias pro alio rem peculiarem *obligaverit*, vel servus .....

(Fr. 1. §. 1. D. quae res pign. 20, 3.)

Diese Verpfändung hat aber keine Gültigkeit, sobald sie angefochten wird, deshalb fügt Marcian hinzu: eam *non teneri!*

Oder Paulus:

Aliena res *pignori dari* voluntate domini potest, sed etsi *ignorante eo data* sit et *ratum habuerit*, *pignus valebit* (Fr. 20. D. de pig. act. 13, 7).

Auch ohne Wissen des Eigenthümers kann verpfändet werden, aber das Pfand gilt nur dann, wenn er ratihabirt.

Endlich Ulpian, auf dessen Ausdrucksweise und Sprachgebrauch es doch vor allem ankommt:

Belle quaeritur, si forte venditio rei specialiter *obligatae non valeat*, an nocere haec res creditori debeat, quod consensit, ut puta si qua ratio juris venditionem impediat? Dicendum est *pignus valere.* (Fr. 4. §. 2. D. quib. mod. pign. 20, 6.)

Die angebliche Schlußfolgerung Ulpian's ſpricht alſo von der Gültigkeit eines Pfandrechts, von der fortdauernden, vom Recht geſchützten, Verpfändung einer res, während der Vorderſatz des Marcellus einen Fall erörtert, wo das Pfandrecht nicht anerkannt wurde und deshalb erloſch.

Angeſichts eines ſo ſchreienden Verſtoßes gegen die Logik, deſſen ſich weder Ulpian noch irgend ein anderer Juriſt ſchuldig gemacht haben kann, ſind wir wohl befugt, dieſes Fragment für corrumpirt zu halten und ihm jede Beweiskraft abzuſprechen.[1]) Damit fällt aber die letzte

[1]) Dürften wir uns eine Conjektur geſtatten, ſo wäre es folgende: Der Satz ex quo colligitur bis teneret bezog ſich urſprünglich nicht auf die Worte, auf welche er jetzt folgt. Derſelbe Ausſpruch des Marcellus wird von Ulpian noch einmal referirt fr. 3. D. quib. mod. (pig. 20, 6.,) aber ausführlicher. Dort heißt es: Marcellus lib. V. Dig. ait, *finiri pignus* si *melior conditio* fuerit *allata;* quamquam ubi sic res distracta est, *nisi emtori displicuisset, pignus finiri non putet.*

Hier iſt es ſchon pſychologiſch erklärlich, wie ein Juriſt zu einer Schlußfolgerung getrieben werden konnte und dieſe niederſchrieb. Es iſt die Rede von zwei verſchiedenen Nebenverträgen beim Kauf, der in diem addictio und dem pactum displicentiae, und der Fall angenommen, daß der Käufer unter beiden Bedingungen die res verpfändete. Iſt das Pfand gültig, wenn die Bedingung erfüllt wird oder nicht? Marcellus macht einen Unterſchied. Bei der in d. a. erliſcht das Pfand, beim pact. displ. nicht. Auf welchen Grund läßt ſich dieſe Unterſcheidung zurückführen? Dieſe Frage iſt eben ſo natürlich, als die Antwort: Im letzten Falle mußte der Käufer ſchon pendente conditione als Eigenthümer angeſehen werden, ſonſt würde die Verpfändung nicht beſtehen bleiben — nec pignus teneret. Hierher würde demnach die Schlußfolgerung ex quo colligitur etc. paſſen, während ſie im andern Fragment keinen Sinn hat.

Stütze der Vertheidiger der Revocabilität, soweit die in diem addictio in Frage kommt.

Die mortis causa donatio.

§. 8. Die letzte der zu untersuchenden Stellen handelt von einer mortis causa donatio. Sie lautet:

Ulpianus: Si mortis causa res donata est, et convaluit, qui donavit, videndum, an habeat in rem actionem. Et si quidem quis sic donavit, ut, si mors contigisset, tunc haberet, cui donatum est, sine dubio donator poterit rem vindicare, mortuo eo tunc is, cui donatum est. Si vero sic, ut jam nunc haberet, redderet, si convaluisset, vel de proelio vel peregre rediisset; potest defendi, in rem competere donatori, si quid horum contigisset; interim autem ei, cui donatum est.

(Fr. 29. D. de m. c. d. 39. 6.)

Wahrscheinlich enthielt nun auch das dem Ulpian'schen Commentar zu Sabinus entnommene Fragment 4. §. 3. D. de i. d. add. (18, 2) die beiden zusammengehörigen Entscheidungen des Marcellus und Ulpian hatte dort nach den Worten «pignus finiri non putet» die sich ihm beim Niederschreiben aufdrängende Folgerung beigefügt: ex quo colligitur etc.

Bei der Einordnung dieses Fragments unter den Titel de in diem add. mochte aber die zweite Hälfte des Referats, welches vom pactum discipl. handelt, überflüssig erscheinen und wurde gestrichen, während entweder aus Versehen die Schlußfolgerung, welche sich gerade auf den gestrichenen Satz bezog, stehen blieb oder letztere von den Abschreibern, gegen die Absicht der Compilatoren, mit in den neuen Text aufgenommen wurde.

Diese Conjektur hat um so mehr für sich, als Ulpian den Ausdruck ex quo colligitur auch anderwärts braucht, z. B.: *Ex qua Consitutione colligitur* ut sive perfecta, sive imperfecta res sit et actio et exceptio detur (Fr. 9. §. 3. quod metus causa 4, 2), wir also nicht nöthig haben, dabei an einen Zusatz aus späterer Zeit zu denken.

Um dieſe Stelle richtig würdigen zu können, müſſen wir zuerſt die allgemeinen Rechtsregeln über mortis causa donatio ins Auge faſſen.

Julianus ſagt: mortis causa donatio etiam dum pendet, an convalescere possit donator, revocari potest. (Fr. 16. eod.)

Eine Schenkung auf den Todesfall konnte demnach von dem Geber jederzeit zurückgezogen werden. Ulpian beſtätigt dies: weil eine ſolche Schenkung erſt mit dem Tode des Gebers perfekt werde.[1]) Letzterer blieb Eigenthümer, folglich ſtand ihm ſtets eine in rem actio zu Gebote,[2]) falls er nicht vorzog, ſich der condictio zu bedienen.

Hieraus erhellt die Behandlung der m. c. d. als Rechtsgeſchäft vollkommen deutlich. Sie wurde nicht als ein Geſchenk sub conditione betrachtet, ſondern als eine letztwillige Verfügung, ein Vermächtniß, und da nach den Grundſätzen des römiſchen Erbrechts der Teſtirende ſeine teſtamentariſchen Verfügungen bis zum letzten Augenblicke widerrufen resp. annulliren konnte, ſo mußte dies conſequenterweiſe auch dem Geber mortis causa zugeſtanden werden. So die Regel, ausdrücklich hervorgehoben durch Ulpian:

> Illud generaliter meminisse oportebit, donationes mortis causa factas legatis comparatas; *quodcunque igitur in legatis juris est,* it *in mortis causa donationibus erit accipiendum* (Fr. 37 eod.).

Ausnahmsweiſe konnte aber auch ſo geſchenkt werden, daß der Beſchenkte das Eigenthum an der Gabe ſofort erwarb und der Geber auf den Widerruf verzichtete.[3]) Wie Ul-

---

[1]) Fr. 32. eod.

[2]) Fr. 30. D. m. c. d. 39. 6.

[3]) Fr. 2. eod.

pian, so führt dies auch Paulus als Ausnahme auf. [1]) Marcian hebt den durch solche Bestimmungen gänzlich veränderten Charakter des Rechtsverhältnisses besonders hervor. [2])

Savigny stellt daher das richtige Verhältniß dieser beiden Arten der mortis causa donatio geradezu auf den Kopf, wenn er sagt:

„in der Regel sei dabei als Absicht des Gebers so„fortige Uebertragung des Eigenthums anzunehmen „und im Zweifel, d. h. wenn der Geber nicht aus„drücklich anders bestimmt hat, müsse man sich dafür „entscheiden.“ [3])

Die Gründe, welche er für „diese Vermuthung“ anführt, daß nämlich die zweite Einrichtung „die einfachere und natürlichere“ sei, daß sie sich auch noch durch „die Art, wie unter Ehegatten eine solche Tradition auf den Todesfall behandelt werde,“ bewähre, erscheinen Angesichts der Bestimmtheit, mit welcher die Quellen das Gegentheil aussagen, ohne jedes Gewicht, selbst wenn sie an und für sich überzeugend wären. Aber dies sind sie durchaus nicht. „Einfach und natürlich“ kann ein Prozedere, bei welchem mit Hülfe der Resolutivbedingung das Eigenthum wieder zurückfallen soll, „wenn der Empfänger früher stirbt,“ nur dann genannt werden, wenn das Unnatürliche und Unrömische eines solchen formlosen Hin- und Herwerfens des Eigenthums nicht mehr gefühlt wird. Und was die Analogie der mortis causa donatio unter Ehegatten betrifft, so verdient die nachsichtige Behandlung eines Schleichweges

---

[1]) Sic quoque potest donari mortis causa, ut nullo casu sit repetitio, id est, ne si convaluerit quidem donator. (Fr. 35. §. 4. eod.)

[2]) Ubi ita donatur mortis causa, ut nullo casu revocetur, *causa donandi magis est*, quam mortis causa donatio. (Fr. 27. eod.)

[3]) Savigny, System Bd. IV. §. 170. S. 247.

gewiß ſo wenig die Ehre eines Argumentes, als das mittelſt des Schleichweges umgangene Verbot. Wäre die ſofortige Uebertragung des Eigenthums bei m. c. d. Regel geweſen, ſo hätte eine Redensart wie die uns von Paulus aufbewahrte

> hoc est, quare vulgo dicatur: *se potius habere vult, quam eum, cui donat*, illum deinde potius, quam heredem suum (Fr. 35. §. 2 eod.)

gar nicht entſtehen können, denn dann würde Niemand vom Geber geſagt haben: er gönne ſich ſelbſt die Sache mehr, als dem Beſchenkten.

Als übliche Form der m. c. d. muß demnach diejenige angeſehen werden, bei welcher dem Geber jederzeit Widerruf und dingliche Klage freiſtand. War dagegen ausnahmsweiſe ſo geſchenkt worden, daß die Sache dem Beſchenkten ſofort gehören ſollte und er nur die Verpflichtung übernahm, in dem für unwahrſcheinlich erachteten Falle der Geneſung von einer ſchweren Krankheit oder der glücklichen Heimkehr aus dem Kriege oder von einer langen Reiſe den Gegenſtand zurückzugeben, ſo gaben die Caſſianer dem Geneſenden oder Rückgekehrten nur die condictio. [1]) Neben dieſen beiden unzweideutigen Formeln mochte nun manche vorkommen, bei welcher die eigentliche Abſicht des Gebers nicht mit Sicherheit zu ermitteln war. Je nach den beſonderen Verhältniſſen und je nach der individuellen Anſicht der Juriſten mochte dann bald das Intereſſe des Gebers, bald das des Empfängers berückſichtigt, das vorliegende Rechtsgeſchäft bald als reine donatio, bald als d. m. c., als Vermächtniß, aufgefaßt und demgemäß verſchieden beurtheilt werden. Als eine ſolche individuelle Anſicht erſcheint nun auch die citirte Stelle von Ulpian. Die Caſſianer hielten, wie uns Paulus ſagt, eine m. c. donatio, bei welcher nur für den Fall der Geneſung Rück-

[1]) Fr. 35. §. 3. eod.

gabe verabredet worden war, für ein Rechtsgeschäft, welches mehr den Charakter eines Geschenks als eines Vermächtnisses trug, — causa donandis magis quam m. c. donatio — sie sahen deshalb das Eigenthum für übertragen an und gestatteten dem Genesenden nur eine persönliche Klage.

Ulpian dagegen schwankt, ob er sich für Eigenthumsübergang, also für reines Geschenk mit Obligation zur Rückgabe im Fall des Eintretens der Bedingung entschließen, oder ob er das Geschäft mehr als Vermächtniß ansehen solle — doch neigt er sich zu letzterer Ansicht hin:

potest defendi, in rem competere donatori.

Ist aber ein so zweifelhafter Ausspruch, selbst wenn er von Ulpian herrührt, von genügender Autorität, um darauf neue Rechtstheorien zu bauen? Und wo wäre selbst in dieser unbestimmten Aeußerung auch nur ein Anhaltspunkt dazu? Will man nicht absichtlich mehr in die Stelle hineinlegen, als in ihr zu finden ist, so handelt es sich bei Ulpian doch nur um die Entscheidung: unter welchen juristischen Gesichtspunkt er das fragliche Rechtsgeschäft zu bringen habe, ob unter den einer reinen donatio eventuell mit Obligation zur Rückgabe verbunden, oder unter den einer m. c. donatio, d. h. eines Vermächtnisses. Im ersten Fall wäre das Eigenthum auf den Beschenkten übergegangen, die dingliche Klage mußte daher dem Geber versagt werden; im andern blieb derselbe Eigenthümer, folglich konnte er vindiciren.

Die einzige Schwierigkeit, welche demnach vorhanden ist, besteht darin, daß Ulpian, obgleich er der letzteren Meinung den Vorzug gibt, mittlerweile auch dem Beschenkten eine in rem actio steht. Aber in Wirklichkeit erklärt sich dies auf die einfachste, natürlichste Weise, sobald man sich daran erinnert, daß zur Zeit der klassischen Juristen — wie wir in §. 7 gesehen haben — die dingliche Klage als utilis in rem actio nicht bloß dem dominus,

sondern Erbpächtern, Zeitpächtern, dem Superficiarius und dem Käufer in diem gegeben wurde, daß also das Vorkommen derselben milden Praxis dem Beschenkten mortis causa gegenüber in keiner Weise auffallend ist.

Die so berühmte Stelle, welche uns zuletzt beschäftigte, enthält also für das unbefangene Auge eben so wenig den gesuchten Beweis für die Verwendung der ipso jure Rückfälligkeit des Eigenthums zur Zeit Ulpians, als die früher betrachteten.

Schluß.

Die vorstehenden Untersuchungen haben ergeben, daß das römische Recht, beim Kauf wenigstens und der mortis causa donatio, keine dingliche Wirkung der Resolutivbedingung kennt. Wo man die Zuständigkeit der Vindikation nur damit erklären zu können vermeinte, hatte der Eigenthümer sein Eigenthumsrecht noch nicht verloren. Er konnte folglich vindiciren, so weit ihm nicht eine gültige exceptio entgegenstand.

Wenn in der mittelalterlichen Doktrin trotzdem der Uebergang des Eigenthums angenommen wurde, so hatte dies seinen Grund hauptsächlich darin, daß man das Wesen des römischen Kaufs seit den Glossatoren in wesentlichen Punkten irrig auffaßte. Man nahm pura venditio mit darauf folgender Tradition für identisch mit dem Wechsel des Eigenthums, während der Verkäufer Eigenthümer blieb, so lange nicht solutio und satisfactio erfolgt war, er somit sein Eigenthumsrecht gegen jeden Dritten, der ihm keine gültige exceptio rei venditae et traditae entgegenhalten konnte, geltend machen, das Kaufobjekt vindiciren durfte.[1])

---

[1]) Recht deutlich sieht man bei Rießer in seiner Abhandlung gegen Thibaut (Linde, Zeitschrift II. Bd. 1. und 2. Heft), wie die Einsicht in das Unlogische der Lehre von der ipso jure Rück-

Dazu gesellte sich der weitere Mißgriff, daß die ältere Jurisprudenz überall, wo die Quellen von einer in rem actio sprechen, einen dominus im strengen Sinne des Worts erblickte und übersah, daß zur Zeit der klassischen Juristen in Bezug auf die Ertheilung von utiles in rem actiones eine sehr milde Praxis geübt ward, so daß die Schlußfolgerung von einer laut den Quellen gegebenen in rem actio auf ein vorhandenes dominium und einen dominus nothwendig zu Irrungen führen mußte.

Die neuere Jurisprudenz steht noch in beiden Beziehungen unter dem Einflusse der alten italienischen und französischen Schule. Sie beharrt darauf, daß der vielleicht wichtigste Grundbegriff des römischen Rechtssystems schon zu den Zeiten der klassischen Juristen corrumpirt, und zwar durch diese Juristen selbst, einen Julianus, Gajus, Pomponius, Papinianus, Ulpianus und Paulus corrumpirt worden sei, obgleich wir demselben noch bei Justinian in voller Reinheit begegnen.

Nun kann gern zugestanden werden, daß die eigenthümliche Entwickelung des Pfandrechts mit seiner Fesselung der Dispositionsbefugniß des Eigenthümers durch bloßen Vertrag, daß die Ausbildung der Emphyteusis und ähnlicher Institute in den letzten Jahrhunderten des Kaiserreichs, endlich daß die theilweis darauf zurückzuführende leichtere Gewährung dinglicher Klagen mit fingirtem Eigenthum die richtige Auffassung, das scharfe Verständniß des

---

fälligkeit des Eigenthums mit dem oben berührten Irrthum kämpft: Perfektion des Kaufvertrags nebst Tradition sei im römischen Recht gleichbedeutend mit Eigenthumsübergang. Die unter diesem Gesichtspunkte zahlreich in den Pandekten hervortretenden Widersprüche suchte er dadurch zu beseitigen, daß er überall, wo später dem Veräußerer auch ohne Rücktradition die Vindikation gegeben wird, keinen perfekten Kauf, sondern eine Suspensivbedingung präsumirte. Gegen diese Unterstellung ließ sich an der Hand der Quellen leicht siegreich kämpfen.

römiſchen Eigenthumsbegriffs erſchweren mußte, nachdem die klaſſiſche Jurisprudenz erloſchen war, ſo daß unter dem hinzutretenden Einfluſſe anders gearteter, ſtaatlicher, geſellſchaftlicher und wirthſchaftlicher Verhältniſſe die Zwittergeſtalten des dominium directum und utile erſcheinen konnten.

Dafür aber, daß ſchon die oben genannten Rechtslehrer ſich durch jene Fiktion beim Pächter, Superficiar u. dergl. in dem Maße hätten täuſchen laſſen oder ſelbſt getäuſcht hätten, daß ihnen die Gewährung einer analogen dinglichen Klage mit der Annahme eines verkrüppelten Eigenthums in Eins zuſammengefloſſen wäre, dafür fehlt nicht bloß jeder innere wie äußere Anhaltspunkt, ſondern wir beſitzen unumſtößliche Beweiſe des Gegentheils. Noch Paulus, der letzte in obiger Reihe, erklärt ausdrücklich:

> Quamvis *non efficiantur domini*, tamen placuit *competere* iis *in rem actionem*.
>
> (Fr. 1. §. 1. D. si ager vect. 6, 3.)